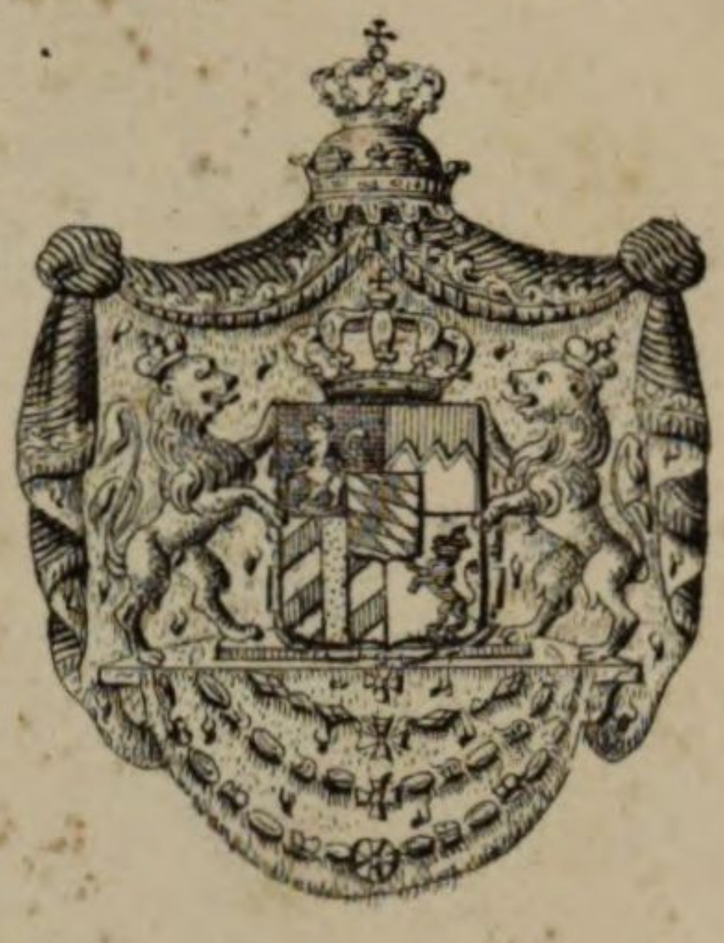
Rom. C.
137 b Quick
-342



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<366325729700 14

Bayer. Staatsbibliothek

Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Vier und dreißigsten Theils zweyte Abtheilung.

Zweite, unveränderte Auflage.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1842.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Fortsetzung des Titels der Pandecten.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant.

§. 1412. a.

Neuere Art des testamenti per aes et libram. Prätorisches Testament.

Die neuere Art des Mancipationstestaments zeichnet nun Gajus von der ursprünglichen darin aus, daß ein Erbe im Testament eingesetzt wurde, der auch die **legata** auszahlen sollte. **Nunc vero alius** ***heres testamento instituitur***, sagt er, **a quo etiam legata relinquuntur.** Gerade in dieser **heredis institutio** besteht das Unterscheidende dieser Form von der ursprünglichen, wo dem **familiae emtor** aufgetragen wurde, aus der Verlassenschaft zu geben, wem der Erblasser was davon zukommen lassen wollte. Deswegen vertrat er die Stelle des Erben. Jetzt wurde eine von dem eingesetzten Erben ganz verschiedene Person bloß zum Schein, **ad veteris iuris imitationem**, zum **familiae emtor** genommen, der sich nun von dem frühern darin unterschied, daß er nach dem Testamentsact gar nichts weiter mit dem Nachlaß zu thun hatte, während das Amt des ältern nach dem Tode des Testators nun erst in Thätigkeit gesetzt wurde [59]).

59) S. Puchta Lehrb. der Institutionen, in den Bemerkungen S. XLV.

Das Testament **per aes et libram** bestand nun, wie Ulpian[60]) bestimmter, als Gajus, lehrt, aus zwey Theilen, der *familiae mancipatio* und der *nuncupatio testamenti.* Jene war ein Scheinverkauf des Vermögens an den **familiae emtor**, bey welcher gerade alles so vorgenommen wurde, wie bey jeder andern Mancipation, bey der ein dingliches Recht gegenwärtig, und unwiderruflich unter Lebenden übertragen wurde, die Person des **familiae emtor**, des **libripens**, und dieselbe Anzahl von Zeugen. Die Handlung mußte **uno contextu** geschehen, also alle die dazu gehörige Personen, der Testator, der **libripens**, der **familiae emtor** und die fünf Zeugen mußten gegenwärtig, und alle zu einer Zeit beysammen seyn, und bleiben. Gajus und Ulpian sagen zwar ausdrücklich davon nichts; aber sehr natürlich, weil sich eine solche Einheit der Handlung von selbst verstand[61]). Daher sagt Justinian[62]), sie rühre **a iure civili** her; was kann er darunter anders verstehen, als die Mancipationsform? Daß die Zeugen **rogati** seyn mußten, sagt auch keiner der angeführten Rechtsgelehrten; so nothwendig auch diese **rogatio** war. Allein sie gehörte mehr zur Vorbereitung der Mancipation, als zur Handlung selbst, und ward daher, als bey jeder Mancipation nothwendig, vorausgesetzt[63]). Der andere Bestandtheil war die *nuncupatio testa-*

60) *Fragm. Tit. XX.* §. 9. **In testamento, quod *per aes et libram* fit, duae res aguntur, *familiae mancipatio* et *nuncupatio testamenti*, — quae nuncupatio et *testatio* vocatur.**

61) S. Dernburg's Beyträge. S. 126. ff.

62) §. 3. *J. de testam. ordin.*

63) Dernburg S. 124. ff.

menti. Diese bestand darin, daß der Testator seinen letzten Willen, den er in einen schriftlichen Aufsatz verzeichnet (tabulae testamenti) in der Hand hielt, vor den versammelten Zeugen mit der Formel aussprach: ***Haec ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium perhibetote***[64]). Diese Nuncupations-Formel beweist, daß das civilrechtliche Testament **per aes et libram** eigentlich ein schriftliches war. Denn der Testator hielt ja, wie Ulpian sagt, die **tabulae testamenti** in der Hand, indem er jene Wortformel aussprach. Ob aber deswegen zur Form des civilrechtlichen Testaments eine schriftliche Urkunde wesentlich nothwendig war, wie von Löhr[65]) behauptet, ist wohl darum zu bezweifeln, weil selbst Ulpian[66]) beym mündlichen Testamente vom **solemnis numerus testium** spricht, worunter er gewiß kein anderes, als das civilrechtliche Testament versteht[67]). Denn zu Ulpian's Zeiten kannte man ja nur zwey Arten von Testamenten, das prätorische, von sieben Zeugen besiegelt, und das civilrechtliche **per aes et libram.** Jenes erforderte bestimmt zur Gültigkeit, *tabulae*, es kann also das nuncupative Testament, von dem Ulpian spricht, kein anderes, als das civilrechtliche seyn[68]). Das gewöhnlichste mag

64) Ulpian *Fragm. Tit.* XX. §. 9.

65) Im Archiv für die civilist. Praxis. 6. Bd. Nr. XVI. Not. 13. S. 332. ff.

66) *L.* 21. *pr. D. Qui testam. fac. poss.*

67) S. Schillings Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. S. 427. Not.*).

68) Mehrere Stellen von nuncupativen, ohne Zweifel civilrechtlichen Testamenten kommen vor *L.* 25. *D. h. t. L.* 58

freylich wohl anfangs das schriftliche Testament gewesen seyn. Denn die uns bekanten Beyspiele von nuncupativen Civiltestamenten schreiben sich erst aus den Zeiten der Kaiser her. Vom Horaz erzählt uns Suetonius [69]), er habe den Kaiser Augustus mündlich zu seinem Erben ernannt, jedoch nur darum mündlich, weil ihm wegen der plötzlich zunehmenden tödtlichen Krankheit die Kraft fehlte, seine **tabulae testamenti** noch zuzusiegeln. Dieses Beyspiel beweist indessen, daß schon vor Julian [70]) ein mündliches Civiltestament müsse üblich gewesen seyn. Es scheint auch selbst das Beyspiel vom Horaz nicht das erste von einem nuncupativen Civiltestamente gewesen zu seyn, wie Trekell [71]) sehr richtig gegen Thomasius erinnert hat. Denn dieser Fall beweist, daß es beym Civiltestamente nicht ganz ungewöhnlich müsse gewesen seyn, den Namen des Erben vor den Zeugen auszusprechen. Daß aber das reine Civiltestament bloß nuncupativ gewesen, wie Dernburg [72]) behauptet,

D. de hered. instit. (XXVIII. 5.) *L.* 20. §. 1. *D. de vulg. et pup. substit.* (XXVIII. 6.)

69) *Horatii vita Cap. ult. in fin.* Herr Dr. *Richter* in Erlangen hat diese Vita aufs neue mit vielen gelehrten und sehr schätzbaren Anmerkungen herausgegeben, unter dem Titel: **In Q. Horatii Flacci vitam a C. Suetonio Tranquillo conscriptam notas variorum collegit, et commentarium perpetuum, nec non synopsin chronologicam adjecit Dr. *E. J.* Richter. *Zwickaviae* 1830. 4.** S. besonders pag. 132 — 138.

70) *L.* 8. §. 4. *D. de bon. possess. sec. tabb.* (XXXVII. 11.) S. Schweppe röm. Rechtsgeschichte. §. 448. S. 650.

71) Tr. de orig. et progr. testamenti fact. Cap. III. §. 36. pag. 147.

72) Beyträge zur Gesch. der röm. Testam. §. 20. S. 130.

läßt sich wenigstens nach der neuern Form des Testaments **per aes et libram** nicht behaupten. Da nach dieser neuern Form der **familiae emtor** eine von dem eingesetzten Erben ganz verschiedene Person war, so erklärt sich daraus, warum zwar weder der **familiae emtor**, noch derjenige, der in desselben väterlichen Gewalt war, wohl aber der Erbe selbst, so wie derjenige, welcher in desselben **potestas** war, Zeuge und **libripens** seyn konnte[73]). So führt Cicero[74]) ein Beyspiel von sich selbst an, er sey bey dem Testamente des Cyrus mit dem Clodius Zeuge gewesen, in welchem sie beyde zu Erben wären eingesetzt worden. Man rechtfertigte dieses damit, daß man sagte, das Geschäft der Testamentserrichtung gehe nur zwischen dem **familiae emtor** und dem Testator vor, dahin schloß man nur den **familiae emtor** und denjenigen, welcher mit ihm durch die väterliche Gewalt verbunden war, von Testaments-Zeugen aus, aber nicht den Erben, den man gewöhnlich nicht kannte[75]). Allein schon die Alten widerriethen, von diesem Rechte Gebrauch zu machen[76]), oder wie es in Justinians Institutionen[77]) heißt: **hoc iure minime abuti debere eos suadebant.** Was jedoch jene bloß widerriethen, hat Justinian nachher in eine gesetzliche Nothwendigkeit verwandelt. Er erlaubt daher weder dem Erben, welcher sinnbildlich jenen alten fami-

73) Gajus *Comm. II.* §. 105. *et* §. 107. Ulpian. *Fragm. Tit XX.* §. 3. Justin. §. 10. *J. de testam. ord.*

74) *Orat. pro Milone. Cap.* 18.

75) S. *Corn. van* Bynkershoek Observat. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 24. pag. 366. edit. *Heinecc.*

76) Gajus *Comm. II.* §. 108. *in fin.*

77) §. 10. *J. de testam. ord.*

liae emtor vorstellte, oder vielmehr an seine Stelle trat, noch anderen Personen, welche in desselben Potestas sind, sich selbst ein Zeugniß abzulegen[78]). Wie ist nun aber damit zu vereinigen, wenn Ulpian, zu dessen Zeiten noch das Testament **per aes et libram** noch vorzüglich im Gebrauche war, *libro I. ad Sabinum*[79]) sagt: **Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest?** Man hat dieses Fragment auf verschiedene Art zu erklären versucht. Viele[80]) verstehen dasselbe von prätorischen Testamenten. Dagegen hat zwar Reinh. Bachov[81]) erinnert, was Ulpian[82]) selbst sagt: *hodie* **solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est, per mancipationem imaginariam.** Allein Ulpian[83]) ge-

78) Justinian sagt, er habe deswegen die Constitution, welche jenes ältere Recht enthielt, nicht in seinen Codex aufnehmen lassen. Was er für eine Constitution gemeint hat, ist unbekannt. Westphal von Testamenten. §. 193. S. 139. meint, es wären Verordnungen des Cod. Gregor. und Hermogen. gewesen; allein in den Fragmenten, die wir noch jetzt von diesen Codicibus haben, findet sich davon nichts. Es ist jedoch auch Justinians Verordnung in seinem Codex nicht befindlich.

79) *L.* 20. *pr. D. h. t.*

80) Cujacius ad L. 20. cit. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. LXVI. Err. 2. *Corn. van* Bynkershoek Observat. iuris Rom. Lib. VIII. Cap. 24. pag. 369. edit. *Heinecc.* und Heineccius ad *Vinnii* Commentar. J. §. 10. de testam. ord.

81) Animadv. ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. X. Th. I. Lit. H. pag. 511.

82) *Fragm. Tit. XX.* §. 2.

83) *Fragm. Tit. XXVIII.* §. 6.

denkt ja doch auch des prätorischen Testaments ausdrücklich, und sagt sogar, daß ein Testament, welches als ein **testamentum per aes et libram** nach dem Civilrecht nicht bestehen kann, nach dem prätorischen Rechte dem Erben die **bonorum possessio** verschaffen könne, wenn es von sieben Zeugen besiegelt ist. Er wollte also nur so viel sagen, daß von den drey ältesten Testamenten des Civilrechts, dem **calatis comitiis**, dem **in procinctu**, und dem **per aes et libram** nur noch das letztere zu seiner Zeit im Gebrauche sey, da die beyden ersteren nun schon längst verschwunden waren, aber den Gebrauch der prätorischen Testamente wollte Ulpian damit keineswegs läugnen, wie schon van Bynkershök[84]) den Einwurf Bachovs sehr gründlich beantwortet hat. Mit mehrerem Grunde läßt sich dagegen einwenden, daß, da das prätorische Testament so gut ein schriftliches war, wie das **per aes et libram**, kein Grund abzusehen wäre, warum es beym prätorischen Testamente anders gewesen seyn sollte? Vielleicht aber sprach Ulpian von nuncupativen Civiltestamenten, wie Ev. Otto[85]) und Joh. Wybo[86]) meinen? allein dagegen spricht die allgemeine Fassung der Worte. Die richtigste Meinung ist daher wohl die Meinung derjenigen[87]), welche die Stelle Ulpians für interpolirt hal-

84) Cit. loc. pag. 370. in fin.

85) Commentar. ad §. 10. J. de testam. ord.

86) In Triboniano ab emblematibus Wissenbachii liberato. Cap. V. pag. 316. sq. (edit. *Hallens.* 1736. 8.)

87) *Viglius* Zuichemus in Commentar. in Tit. Institution. de testament. ordinand. (*Basiliae* 1534. f.) ad §. 10. h. t. nr. I. pag. 31. *Jo. Jac.* Wissenbach Emblemat. Triboniani. Cap. V. pag. 79. edit. *Hallens.* *Ant.* Schul-

ten. So wenig jedoch der **familiae emtor** und wer in desselben Gewalt war, beym Mancipationstestamente Zeuge seyn konnte; eben so wenig auch derjenige, der mit ihm in eben derselben väterlichen Gewalt war. Zwey Brüder, die in derselben Potestas standen, konnten daher nicht bey demselben Testamente, der Eine **familiae emtor**, der Andere Zeuge seyn, **quoniam, quod unus ex his mancipio accipit**, sagt Ulpian[88]), **adquirit patri, cui filius suus testis esse non debet.** Eben so wenig der Vater, wenn der Sohn, der noch in seiner Potestas war, zum **familiae emtor** gebraucht wurde[89]), **nam reprobatum est in ea re**, sagt Gajus[90]), **domesticum testimonium**[91]). Wenn Ju-

TING Notae ad Digesta s. Pandectas. a *Nic.* SMALLENBURG animadvers. suis adj. editt. Tom. V. ad L. 20. pr. h. t. pag. 7. und TREKELL Tr. de orig. atque progressu testamentifaction. praesert. apud Roman. Cap. III. §. 72. pag. 227. Man sehe jedoch Dernburg S. 321.

88) *Fr. Tit. XX.* §. 5.

89) ULPIAN. c. l. §. 4.

90) GAJUS *Comm. II.* §. 105. *in fin. et* §. 106.

91) THEOPHILUS *in Paraphr. gr. ad* §. 9. *J. de testam. ord.* erklärt den Ausdruck *domesticum testimonium* sehr richtig, wenn er sagt: DOMESTICUM *autem* TESTIMONIUM *non ex cognatione, sed ex coadunatione per potestatem patriam metimur.* Man vergleiche auch *Eman.* SOAREZ *a* RIBEIRA Observation. iuris Cap. 18. (in *Thes. Meermann.* Tom. V. pag. 578.) Den Grund, warum hier das domesticum testimonium verboten ward, setzt Gans im Erbrecht 2. Th. S. 89. darin, weil die Zeugen im Mancipationstestament das Volk der Quiriten darstellten, mithin, so wie das Volk selbst, von allem Interesse, und der Befangenheit frey seyn mußten, in welcher sie sich befunden

stinian in seinen Institutionen §. 1. am Ende *de testam. ordinand.* sagt: **Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero *per aes et libram* fiebat, licet diutius permanserit, *attamen* PARTIM *et hoc in usu esse desiit;*** so geht dieses *partim*, welches Theophilus durch *κατὰ μικρόν* so unrichtig eben nicht übersetzt hat, als ihn Jacob Constantinäus[92])

haben würden, wenn es erlaubt gewesen wäre, daß in ihrer Mitte selbst mit den Partheyen verbundene Personen als Zeugen hätten auftreten dürfen. Allein Gajus II. 105. und Ulpian. *Tit. XX.* §. 5. haben ja den eigentlichen Grund schon angegeben.

92) Subtil. Enodation. Lib. I. Cap. 26. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 529.) *Κατὰ μικρὸν* heißt zwar allerdings soviel als paulatim, so wie es auch Reitz übersetzt hat; es heißt aber auch soviel als *partim*, oder *particulatim*, was es hier bedeuten soll, wie Reitz in Glossario Theophilin. voc. *κατὰ Μικρόν* Tom. II. *Theophil. Paraphr. Institut.* pag. 1280. bemerkt hat. Man vergl. auch Passow griech. Wörterbuch voc. *καταμικρὸν*. In der Bedeutung von partim hat auch gewiß Theophilus den Ausdruck hier gebraucht, daher ist es auffallend, daß Reitz, der doch in seinem Glossar. Theoph. auf diese Stelle verweist, das Wort dennoch unrichtig übersetzt, und mit Constantinaeus, den er selbst, wiewohl falsch, angeführt hat, den Tadel über Theophilus theilt. Wenn in dem Institutionen-Texte das Wort *paulatim* vorkommt, wie z. B. gleich im Anfang des §. 3. *de test. ord.* so braucht Theophilus nicht den Ausdruck *κατα μικρὸν*, sondern *κατὰ βραχύ*. Es ist jedoch nicht zu läugnen, daß die Wörter *μέρος τι*, oder *τό μέρος* gebräuchlicher sind, wenn die Griechen *partim* oder *ex parte* ausdrücken wollen.

beschuldiget, auf die neue Form, wodurch die frühere, bey welcher der **familiae emtor** die Stelle des Erben vertrat, außer Gebrauch kam. So erklärt auch selbst Theophilus das **partim**, zum deutlichen Beweise, daß er das κατὰ μικρόν in keiner anderu Bedeutung genommen habe. Er sagt nämlich nach der Uebersetzung von Reitz: *Quoniam enim familiae emtor idem erat ac heres, et inde porro sciens se fore successorem, insidiabatur domino patrimonii: ideo secundum antiquam quidem formam adhibebatur familiae emtor, qui morituri patrimonium imaginarie emebat: sed testator seorsum in tabulis vel in chartis scribebat, quem sibi vellet heredem esse.* Arn. Vinnius[93]) erklärt zwar das **partim** anders. Er meint nämlich, Justinian habe damit anzeigen wollen, daß bey dem Testament **per aes et libram** die Feyerlichkeit der Mancipation in der Folge allmählig außer Gebrauch gekommen, und bloß der Theil des Testaments, welchen man die **nuncupatio testamenti** nannte, jedoch mit der zum Mancipationstestamente erforderlichen Anzahl von Personen, beybehalten worden sey. Allein so gewiß es ist, daß die Mancipationsform nach und nach verschwand, so wenig ist jedoch zu läugnen, daß sie sich doch noch lange Zeit selbst unter den christlichen Kaisern neben der prätorischen Testamentsform erhalten habe, so daß man zwischen beyden die Wahl hatte, entweder vor fünf Zeugen mit Mancipation, oder nach dem prätorischen Recht ohne Mancipation mit sieben Zeugen und Siegeln zu testiren. Denn noch in einer Novelle des Kaisers Valentinan **III.** vom J. **445.** heißt es: **cum liceat cunctis** *iure civili* **atque** *praetorio* **— iudicia suprema com-**

93) **Commentar. ad §. 1. J. de testam. ord. nr. 4. circ. fin.**

ponere, und nachher wird gesagt, ein Testament sey vollkommen gültig; *si vel septem*, vel *quinque testibus* **muniatur.** Vinnius scheint daher beyde Formen, das prätorische Testament mit jenem civilrechtlichen zu verwechseln. Der Prätor setzte sich nämlich über die Mancipationsfeyerlichkeit hinweg, und gab da, wo das Testament nach dem Civilrechte auch wegen Mangels dieser Form ungültig war, eine **bonorum possessio secundum tabulas**, wenn nur die beym Mancipationstestament nothwendigen sieben Personen, welche er als eben soviel Zeugen ansahe, das Testament besiegelt hatten, wie sich in der Folge ergeben wird [94]).

Noch ist zu bemerken, daß das Civiltestament **per aes et libram** zwar keine Siegelung der Zeugen erforderte, denn weder Gajus noch Ulpian, welche doch beyde das Civiltestament so vollständig beschrieben haben, sagen uns etwas von der Nothwendigkeit einer Siegelung von den Zeugen, und in den Institutionen [95]) wird auch ausdrücklich gesagt, die Siegel der Zeugen wären nach dem Civilrechte nicht nothwendig gewesen, ihre Nothwendigkeit rühre aus dem Edict des Prätors her. Dennoch ward die Siegelung des Testaments von den Zeugen doch schon sehr frühe auch bey den Civiltestamenten üblich, ja gewissermaßen als nothwendig angesehen [96]), weil die Identität des feyerlich errichteten Testaments mit dem

94) S. Gans Scholien zum Gajus. S. 282. und Erbrecht. 2. Bd. S. 109. ff.

95) §. 2. *et* 3. *in fin. J. de testam. ord.* S. Dernburg Beyträge §. 20. S. 130. ff.

96) S. Trekell Tr. de orig. et progr. testam. fact. apud Rom. Cap. III. §. 43.

nach dem Tode des Testirers vorgebrachten mit Sicherheit kaum anders auszumitteln war, als durch eine bleibende von den Zeugen geschehene Bezeichnung des ihnen vorgelegten Testaments [97]). Sueton [98]) erzählt uns von dem Testamente des Kaisers Augustus, welches ganz entschieden ein Civiltestament war, denn Domitius war dabey **familiae emtor** [99]), es wäre nach seinem Tode in der Senatsversammlung eröffnet und verlesen worden, nachdem zuvor die Zeugen ihre Siegel recognoscirt hätten [100]). Ein noch früheres Beyspiel führt Cicero von sich selbst an, er habe das Testament des Cyrus als Zeuge mit unterſiegelt, wie schon oben bemerkt worden ist. Das Nämliche gilt auch wohl von den Unterschriften der Zeugen, wie aus einer Stelle des Isidorus [1]) erhellet, welcher sagt: **Testamentum iuris civilis est** *quinque testium signis signatum*, *subscriptione firmatum.* Auch eine Constitution vom Kr. Arcadius [2]) spricht von fünf Signatoren,

97) S. von Savigny Beytrag zur Geschichte der röm. Testamente, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft 1. Bd. Nr. V. S. 84. ff.

98) In *Augusto*. Cap. ult.

99) *In Nerone* Cap. 4.

100) In *Tiberio*. Cap. 23.

1) *Origin. Lib. VI. Cap.* 24. S. von Savigny a. a. O. S. 85. ff.

2) *L.* 3. §. 1. *Cod. Theod. de testam.* (IV. 4.) Nec patimur fidem conditi arbitrii ob hoc debere convelli, si aut maiorem in principio *signatorum*, aut minorem aut nullum numerum conditor suae praedixerit voluntati, *cum quinque huic non ignari subscripserint testamento.*

welche das Testament unterschrieben haben. So wenig nun auch die *nuncupatio testamenti* beym Mancipations-Testamente, als wodurch der Testator bloß seinen letzten Willen mit Beziehung auf die in seiner Hand haltende **tabulae** vor den anwesenden Personen auf eine feyerliche Art aussprach, den Sinn hatte, daß der Inhalt des Testaments den Zeugen hätte müssen bekannt gemacht werden; denn wenn gleich *nuncupare* soviel heißt, als **palam nominare**, so sagt doch Gajus ausdrücklich: **et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit,** *ea videtur generali sermone nominare atque confirmare;* gleichwohl ward durch Mißverständniß dieser Nuncupation die Gewohnheit veranlaßt, den Inhalt des schriftlichen Testaments den Zeugen wissen zu lassen, so daß dadurch das schriftliche Testament des Civilrechts in der Folge fast zu einem bloß nuncupativen wurde. Dieses Mißverständniß, welches die nachtheilige Folge hatte, daß Manche lieber ohne Testament versterben wollten, als den Zeugen ihren letzten Willen bekannt zu machen, mag den Kaiser Theodos den jüngern veranlaßt haben, durch die Novelle **de testamentis** vom Jahre **439.** welche in der Sammlung von Ritter[3]) Tit. **9.** in der von Hugo[4]) aber Tit. **16.** befindlich ist, zwar nicht, wie Trekell[5]) meint, das Civiltestament ganz aufzuheben, sondern den Testatoren nur den Irrwahn zu benehmen, als ob sie den Zeugen, so wie diese es verlangten, den Inhalt des Testaments bekannt machen müßten; nein, wer sich scheuet,

3) **Cod. Theod. Tomi VI. P. II. pag. 29. sq.**

4) **Jur. civ. Antejust. Tom. II pag. 1251. sq.**

5) **Tractat. cit, Cap. III. §. 53.**

nach dem Civilrecht durch falsch verstandene Nuncupation zu testiren, dem soll es freystehen, nach prätorischer Form vor sieben Zeugen ein schriftlich Testament zu machen, und ihnen dasselbe verschlossen zur Unterschrift und Siegelung vorzulegen [6]). Merkwürdig sind hier folgende Stellen aus §. 1. und 2. der bemerkten Verordnung:

Natura talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum existiment, nec tamen audeant de singulis, quae sentiunt, confiteri. Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblatarumque eis tabularum perhibere testimonium postulabant [7]). Sed dum iuris antiqui cautelam paulatim mutat posteritatis imperita praesumtio, et testes exigunt omnino, quae testamento continentur, agnoscere, eo res processit, ut, dum sua quisque nonnunquam iudicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis faculatibus inhiantes offendat, intestatus mori, quam suae mentis arcana periculose patiatur exprimere. §. 2. Hac itaque consultissima lege sancimus [8]), licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt, quae in eo conscripta sunt, signatam, vel ligatam, vel

6) S. von Savigny angef. Beytrag zur Gesch. der röm. Testamente. S. 87. ff.

7) Dieß bezieht sich auf die Worte der **nuncupatio testamenti**: ***Haec uti in his tabulis*** **etc.**

8) Von diesen Worten an ist die ***L.* 21.** ***Cod. Just. de testam.*** aus dieser Novelle genommen.

tantum clausam involutamve proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, *eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis puberibus omnibus, simul offerre signandam et subscribendam*, **etc.**

Daß in diesen letztern Worten zwar die prätorische Testamentsform gemeint, aber keinesweges ausschließend vorgeschrieben, sondern nur hypothetisch erwähnt sey, bestätigt auch der alte Interpres dieser Novelle in den Worten [9]):

Haec lex — — hoc amplius habet, *ut si aliquis* **IURE PRAETORIO** *condiderit testamentum, id est, quod septem testium subscriptionibus confirmatur*, **auctor testamenti — ipse subscribat.**

Neben der Mancipationsform, welche jetzt für die Civiltestamente die einzige blieb, nachdem die älteren beyden Testamente nun schon längst außer Gebrauch gekommen waren, bildete sich eine neue, welche man das prätorische Testament nennt. Dieses zeichnete sich von dem Civiltestamente **per aes et libram** ganz vorzüglich dadurch aus, daß es keine Mancipation, keinen Scheinverkauf erforderte, nein, bloß **tabulae testamenti,** von sieben Zeugen besiegelt, genügten dem Prätor, um dem darin eingesetzten Erben die **bonorum possessio** zu ertheilen, (*bonorum possessio secundum tabulas,*) wenn nur der Testator ein solcher war, der sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung, als zur Zeit seines Todes den zur Gültigkeit des Testaments erforderlichen **status** hatte. Unter diesen Umständen sollte dasselbe auch vorzüglich dann von Wirkung seyn, wenn das Testament

9) **Ritter Cod. Th. c. l. pag. 30.**

nach dem Civilrechte entweder gleich Anfangs ungültig wäre errichtet worden, oder in der Folge seine Gültigkeit verloren hätte. Die hierher gehörigen Stellen aus den Fragmenten der röm. Juristen, und den Institutionen sind folgende.

GAJUS *Comm. II.* §. 119. **Praetor tamen, *si septem signis testium signatum sit testamentum*, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti *hereditatem* pollicetur: (*et*) si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem; nam idem iuris est, *et si alia ex causa testamentum non valeat*, velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit.**

GAJUS *Comm. II.* §. 147. **Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt, vel iure facta postea irrita facta, aut rupta sunt; nam *si septem testium signis signata sint testamenta*, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere: *si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit*; nam si ideo irritum fit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut is in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.**

ULPIANUS *Fragm. Tit. XXIII.* §. 6. **Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet iure**

civili ruptum, vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredibus iuxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus, et suae potestatis, cum moreretur, fuit: quae bonorum possessio *cum re*, id est, cum effectu habetur, si nemo alius iure heres sit.

ULPIAN. *Fragm. Tit. XXVIII.* §. 6. Etiamsi iure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, *si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis*, bonorum possessio datur.

Institution §. 2. *II.* 10. *de testam. ordin.* Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur: postea vero *ex edicto Praetoris* alia forma faciendorum testamentorum introducta est. *Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant*, cum iure civili signa testium non erant necessaria.

Nur in dieser letzten Stelle wird gesagt, durch das Edict des Prätors sey eine neue Form für die Errichtung der Testamente eingeführt worden, und Theophilus nennt dieses Testament in seiner Paraphrase *testamentum praetorium.* Er sagt nach der Uebersetzung von Reitz: *Si quis enim testatus fuerat, atque hoc testamentum septem testium signis signari curaverat, perficiebatur* praetorium testamentum. Gajus und Ulpian hingegen sprechen von keinem prätorischen Testamente, sondern nur von einer bonorum possessio secundum tabulas. Weiter war auch wirklich

das so genannte prätorische Testament seinem Ursprunge nach anders nichts. Denn sie kam dem Erben nur zu statten, wenn kein Civilerbe vorhanden war, der entweder in einem nach dem Civilrechte vollkommen gültigen Testamente **per aes et libram** war eingesetzt worden, oder nach Civilrecht zur Intestaterbfolge berechtiget war, weil ein prätorisches Testament kein civilrechtliches aufzuheben, und keine Civilintestaterben auszuschließen im Stande war. Es war also das Characteristische der testamentarischen Erbfolge, welche das Intestaterbrecht ausschließt, hier nicht vorhanden. Um dieses auszuschließen gab es vor dem Kaiser Antoninus nur eine Art zu testiren, nämlich die **per aes et libram**, wenn dem Testamente in seiner Totalität, d. h. beyden Bestandtheilen desselben, der **familiae mancipatio** und **nuncupatio testamenti**, ein vollkommenes Genüge geleistet war. Alles dieses bestätigen die aus Gajus und Ulpian oben angeführten Stellen. Die **bonorum possessio**, die der Prätor **secundum tabulas** dem prätorischen Erben gab, konnte daher bald *sine re*, d. h. ohne Wirkung seyn, wenn nämlich ein Civilerbe da war, welcher die Erbschaft abfordern konnte; denn dieser ging noch bis auf den Kaiser Antoninus dem **bonorum possessor secundum tabulas** vor, und konnte anfangs jede **bonorum possessio** zu einer *sine re* machen; bald *cum re*, d. h. **cum effectu**, wenn kein anderer Erbe vorhanden war, der nach dem Civilrechte die Erbschaft in Anspruch nehmen konnte. Es bestätigt dieses nicht nur die oben angeführte Stelle Ulpians[10]), sondern noch ausführlicher hat sich hier-

10) *Fragm. Tit. XXIII. §. 6. in fin.*

über Gajus in seinen Institutionen geäußert, wenn er *Comm. II.* §. 148. sagt:

Qui autem secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sint, aut iure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem *cum re:* si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem *sine re.*

§. 149. Nam si quis heres iure civili institutus sit vel ex primo, vel ex posteriore testamento, vel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare, si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt.

Dieses änderte sich jedoch, nachdem zufolge der sehr wichtigen Nachricht, die wir dem Gajus verdanken, der Kaiser Antoninus, ob Marcus [11]), unter dem er seine Institutionen schrieb [12]), oder Pius, wie Andere [13]) dafür halten, ist ungewiß, durch ein Rescript dem in den **tabulis non iure factis** eingesetzten Erben mit der **exceptio doli mali** sich gegen die Civilintestaterben zu vertheidigen gestattete, wenn diese die Erbschaft in Anspruch nahmen. Gajus sagt *Comm. II.* §. 120.

Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur. *Re-*

11) S. Gans Scholien zum Gajus. 6. Sch. S. 282.

12) S. Dittmar de nomine, aetate etc. Gaji ICti Rom. Spec. I. pag. 147.

13) S. Schrader: Was gewinnt die röm. Rechtsgesch. durch Gajus Institutionen? (Heidelberg 1823. 8.) S. 31. Dernburg's Beyträge zur Gesch. der r. Testam. S. 237. f.

scripto enim *Imperatoris* ANTONINI significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, *posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

Hierher gehört auch wohl ohne Zweifel die wenn gleich sehr corrumpirte Stelle aus des Paulus *Sententiis recept. Lib. IV. Tit.* 8. §. 2. [14])

Sine iure praetorio factum testamentum abjecta doli exceptione obtinebit,

wenn wir sie so restituiren: ***Sane*** **iure praetorio factum testamentum** ***objecta*** **doli exceptione** [15]) **obtinebit** [16]).

Diese Exception sollte auch nicht bloß auf Testamente verstorbener Mannspersonen beschränkt seyn, sondern sie sollte eben sowohl bey den Testamenten der Frauenspersonen Statt finden, wenn solche wegen Mängel in Ansehung der Mancipations- oder Nuncupations-

14) In *Collatione Legg. Mosaicar. et Romanar.* Tit. XVI. §. 3. (in HUGO *iure civ. Antejust.* Tom. II. pag. 1470.)

15) Wenn *Jo.* CANNEGIETER ad *Collat. LL. Mosaic. et Rom.* adj. ULPIANI fragmentis. pag. 260. not. b. diese Stelle so restituiren will: *abjecta doli objecta exceptione;* wenn ferner *Ant.* SCHULTING ad PAULI *Sentent. Recept.* Lib. IV. Tit. 8. §. 2. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 407.) not. 5. *non objecta doli exceptione* lesen will; so widerlegen sich diese Lesarten nun durch die Stelle des Gajus.

16) Gans in den Scholien zum Gajus S. 283. Not. 6. will statt *sane* lieber si lesen, giebt übrigens der Vertauschung des *abjecta* mit *objecta* Beyfall, welche Emendation auch schon Pithöus für nothwendig gehalten hatte.

Form nach dem Civilrechte nicht bestehen könnten. Gajus sagt dieses selbst gleich nachher §. 121.

Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint, aut nuncupationis verba locutae non sint.

Nun erst entstand aus dem prätorischen Testamente ein wirksames Erbrecht, und nun erst konnte die Form der Siegel von sieben Zeugen in die Reihe der Testamentsformen überhaupt treten. Dadurch war nun aber die Mancipationsform bey Testamenten nicht aufgehoben, welche aufzuheben der Prätor auch weder die Absicht hatte, noch haben konnte, sondern der Prätor sagte bloß die **bonorum possessio** in seinem Edict dem zu, welcher ihm ein schriftliches Testament vorzeigen würde, das mit nicht weniger Siegeln bezeichnet wäre, als nach dem Gesetz Personen bey einer Mancipation zugegen seyn müssen. So lautet das Edict, welches uns Cicero[17]) vom Prätor C. Verres aufbehalten hat:

Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo.

Daß dieses nicht das erste Edict sey, woraus etwa der Ursprung des prätorischen Testaments hergeleitet werden möchte, erscheint daraus offenbar, daß es Cicero **translatitium** nennt. Es muß also schon frühere Edicte des Inhalts gegeben haben. Wenn es aber darin

17) *In Verrem Action. sec. Lib. I. cap.* 45. *nr.* 117. (Volum. II. P. I. pag. 135. edit. *Orell.*).

heißt: **quam *e lege* oportet**, so entsteht die Frage, von welcher **lex** hier die Rede sey? An einen Volksschluß läßt sich wohl nicht denken, weil nicht so ganz alle Spur desselben hätte verschwinden können, wie Schweppe[18]) ganz richtig bemerkt hat. Er selbst meint aber, daß hier das Wort **Lex** nur die unbestimmte Bedeutung von **ius** überhaupt habe, und hier auf das Edict selbst gehe, welchem die Siegel auch ganz ausdrücklich zugeschrieben werden[19]). Auch Herr von Savigny[20]) nimmt die Worte *e lege* in der allgemeinen Bedeutung für **iure**, ohne auf einen einzelnen Volksschluß, oder auch nur ausschließend auf das Civilrecht, im Gegensatz des prätorischen, zu gehen. Dernburg[21]) hingegen erklärt die Worte *e lege* durch **e iure civili**, sie hätten, sagt er, eine Beziehung auf das Civiltestament. Der Prätor habe nämlich in der Anzahl von Unterschriften, welche der Anzahl der Personen gleichkam, die mindestens beym Civiltestamente zugezogen werden mußten, eine Art Bescheinigung der wirklichen Beobachtung dieser Form anerkannt. Gans[22]) versteht auch unter der **lex** das **testamentum per aes et libram**, nur aus einem andern Grunde. Nach seiner Ansicht soll nämlich das so genannte prätorische Testament durch Trennung der **nuncupatio testamenti** von der **familiae mancipatio** entstanden, und die **bonorum possessio secun-**

18) Röm. Rechtsgeschichte. §. 466. S. 675. der zweyt. Ausg.

19) §. 2. oder vielmehr §. 3. *J. de testam. ord.*

20) In der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. 1. B. S. 86. Not. 14.

21) Beyträge. S. 217.

22) Erbrecht 2. Bd. S. 111. f.

dum tabulas nichts anders seyn, als das selbstständig werdende, und außer seiner Verbindung mit der **familiae mancipatio** sich auf sich stellende Nuncupationstestament. Der Sinn des Edicts sey also der: Wenn auch nur der eine Theil des Civiltestaments, welcher **nuncupatio testamenti** heißt, vollbracht, und also darin der **lex** Genüge geleistet worden sey; so werde ohne Rücksicht darauf, daß die **familiae mancipatio** nicht Statt gefunden habe, der Besitz der Erbschaft gegeben. Denn nur die **familiae mancipatio** sey vor fünf Zeugen vorgegangen, weil der **libripens** und der **familiae emtor** mithandelnde Personen, und also in Beziehung auf die **familiae mancipatio** keine Zeugen gewesen wären. Der hinterher folgende Act, die **nuncupatio testamenti**, sey hingegen nicht mehr, wie die **familiae mancipatio**, vor fünf Zeugen vorgegangen, sondern vor sieben, der **familiae emtor**, und der **libripens**, die bey der **familiae mancipatio** mehr als bloße Zeugen waren, hätten bey dem zweyten Theile, der **nuncupatio testamenti**, nur bloße Zeugen vorgestellt. Daraus erkläre sich, warum hier erst von fünf Zeugen die Rede sey [23]), dann aber der **libripens** auch zu den Zeugen gerechnet werde [24]). Ob aber auch der **familiae emtor**? Daran ist wohl zu zweifeln, weil er ja beym Civiltestamente mit dem Testator Hauptparthey war. Daß er unter den Zeugen nicht habe seyn können, scheint auch aus der Stelle des Gajus *Comm. II.* §. 105. deutlich genug hervorzugehen. Dann aber haben ja auch beym Civiltestamente nicht alle sieben dabey gegenwärtige Personen, sondern nur die fünf Zeugen, und nicht auch

23) Gajus *Comm. II.* 104.

24) Gajus *Comm. II.* §. 109.

der **libripens** und der **familiae emtor**, unterſiegelt, wie Herr von Savigny[25]) deutlich bewieſen hat. Sollte denn aber unter der *lex* nicht vielleicht die **lex XII tabularum** zu verſtehen ſeyn? Die Vaticaniſchen Fragmente ſagen ja §. **50.** *mancipationem lex duodecim tabularum confirmat.* Nun erforderte zwar die **mancipatio** nur fünf Zeugen, allein mit dem **familiae emtor** und dem **libripens** waren doch dabey ſieben Perſonen nöthig. Sollte alſo nicht etwa der Prätor, der ohne Zweifel nach der Analogie des Teſtaments **per aes et libram** ſieben Zeugen, nur aber auch eben ſoviel Siegel erforderte, mit den Worten *quam e lege oportet*, nur vielleicht ſoviel haben ſagen wollen, als nach dem Geſetz der *XII* Tafeln Perſonen bey einer Mancipation zugegen ſeyn müſſen, beſonders wenn man damit das Geſetz der **XII** Tafeln: *Qui nexum faciet mancipiumque*[26]) in Verbindung bringt? — Es fragt ſich ferner, worauf das Wort *potissimum* in dem Edict des Prätors gehen ſoll? Franz Hotoman[27]) hält die Lesart für unrichtig, er meint, es müſſe vielleicht ſtatt, *potissimum hereditatem*, geleſen werden **possessionem hereditatis.** Denn eben ſo ſage bald nachher auch Cicero ſelbſt, wenn er Kap. **47.** auf den P. Treboniuſs kommt, der unter mehreren **viri boni atque honesti** auch ſeinen proſcribirten Bruder und ſeinen Freygelaſſenen zu Erben eingeſetzt hatte: *Itaque ei* **VERRES** *possessionem hereditatis negat se daturum.* Es ſey ja auch be-

25) Zeitſchrift für geſch. Rechtsw. 1. Bd. S. 85. f.

26) S. oben S. 230. Note 28.

27) Observation. Lib. I. cap. 2. in fin.

kannt, daß der Prätor keinen Erben habe machen, und folglich auch keine Erbschaft habe geben können. Allein dagegen ist zu erinnern, daß die durchgehends übereinstimmende Lesart eine solche Critik nicht erlaubt. Das Wort *hereditas*, welches hier nicht im subjectiven, sondern objectiven Sinne genommen wird, soll hier offenbar nichts anders heißen, als **bonorum possessio**, wie auch Dernburg[28]) ganz richtig bemerkt hat. Wer sollte also nicht vielmehr die scharfsinnige Ansicht des trefflichen Schraders[29]) theilen, daß das *potissimum*, welches also wohl unstreitig ächt ist, darauf hindeute, daß auch Andere, nämlich jeder Zugreifende den Besitz haben konnte, der Prätor aber den von ihm Berufenen, d. h. der **tabulas testamenti septem testium signis obsignatas** vorzeigen konnte, demjenigen vorziehe, der ohne alle prätorische Autorisation nur zugegriffen hatte? Denn vergleicht man die uns vom Gajus[30]) zuerst mitgetheilte Nachricht von dem Jedem gestatteten Zugreifen an einer vom Erben noch nicht in Besitz genommenen Erbschaft, welches durch hinzukommende Usucapion, die man eine *usucapio pro herede* nannte, volles Recht an derselben verschaffte; so erscheint daraus, daß der Prätor sein Absehen bey Ertheilung der **bonorum possessio** ursprünglich nicht sowohl auf irgend eine Modification des Erbrechts gerichtet habe, sondern sein Zweck vielmehr dahin gegangen sey, dem unordenlichen Zugreifen eines Jeden bey den Erbschaften Schranken zu setzen, und, wenigstens für die mei-

28) Beyträge. S. 215.

29) In der Not. 13. angef. Schrift S. 31.

30) Gajus *Comm. II.* §. 52—57.

sten Fälle, ein geregeltes System an dessen Stelle zu geben. Denn erst in der Folge näherte sich dieses mehr und mehr dem wahren Erbrechte, mit welchem es in späterer Zeit fast ganz zusammenschmolz [31]).

So existirten nun also zwey verschiedene Formen des schriftlichen Privattestaments, zwar beyde gültig, so daß man zwischen beyden die Wahl hatte, aber doch in Form und Wirkung ganz verschieden, nämlich das Civiltestament mit Mancipation vor fünf Zeugen, und das prätorische mit sieben Zeugen und sieben Siegeln [32]). Letzteres gewährte immer noch eine **bonorum possessio**, wenn auch das Testament wegen Mängel in Ansehung der Mancipation oder Nuncupation nach dem Civilrecht nicht bestehen konnte, wofern nur die **tabulae signatae** zur Zeit des Todes des Erblassers da gewesen waren [33]). Beyde Testamente werden daher immer, als in gleichem Grade zulässig, angeführt, und galten auch noch lange Zeit selbst unter den christlichen Kaisern neben einander, wie bereits oben bemerkt worden ist, und Herr von Savigny aus mehreren Constitutionen und Zeugnissen der vorjustinianeischen Rechtssammlungen bewiesen hat [34]). Zu diesen Beweisen ist nun nur noch die vollständig von Herrn Prof. Gustav Hänel in einer Wallersteinischen Handschrift vom Alaricianischen Breviarium entdeckte Constitution des Kaisers Theodosius des jüngern, nämlich die ***L. 7. Cod. Th.***

31) Man vergleiche hier vorzüglich Schraders angef. Schrift. S. 29.

32) S. Dernburg's Beyträge. Kap. III. §. 28. S. 239—249.

33) *L.* 1. §. 2—4. *D. de bon. poss. sec. tabb.* (XXXVII. 11.)

34) Zeitschrift 1. Bd. S. 82—91.

de testam. et codicill. (IV. 4.) hinzuzufügen, dessen nun restituirte Schlußperiode, welche hier gerade zum Beweise dient, bisher im Theodosianischen Codex vermißt wurde, und, wie sie in der Vorrede zum zweyten Volumen der von Wenck herausgegebenen Hauboldischen **Opuscula academica pag. 151. sq.** bekannt gemacht worden ist, folgendermaßen lautet:

In omni autem genere testamenti, sive id *praetorio iure* sive *civili* existat, seu codecilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo ceptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine (*et perfectam sui plenitudinem*) sortiatur, nihilque eius in diem alterum differatur: quod quidem nullam habeat firmitatem, *nisi aut septem aut quinque* vel rogati, aut qui fortuitu venerint *possint iure testimonium perhibere*, videlicet ut post hanc sanctionem divinis et liquescentibus apicibus qui trium testium numero sint contenti. Data — VICTORE viro clarissimo coss.

§. 1412. b.

Annäherung und Vereinigung beyder Testamente, des civilrechtlichen und prätorischen.

Daß es im Justinianeischen Rechte nicht mehr eine solche zweyfache Form der Testamente, sondern nur eine einfache, allgemein vorgeschriebene gebe, ist bekannt. Es ist also nun noch kürzlich zu zeigen übrig, wenn und wie jener Unterschied zwischen dem Civil- und dem prätorischen Rechte verschwand, und jener ältere Zustand in diesen neuern des Justinianeischen Rechts überging. Ju-

stinian erklärt sich darüber in seinen Institutionen folgendermaßen

§. 3. *J. de testam. ordin.* Sed cum paulatim tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium jungi: constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile *quodammodo*[35]) exigebat, septem testibus adhibitis, et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto Praetoris signacula testamentis imponerentur; ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant: subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem et testium numerus ex edicto Praetoris.

Diese Stelle belehrt uns also, zwar freylich etwas unbefriedigend, wie durch Verschmelzung der beyden vor Justinian üblich gewesenen Testamentsformen, der civilrechtlichen und prätorischen, die noch jetzt geltende Testamentsform des Justinian. Rechts entstanden sey. Wir lernen aber doch wenigstens daraus soviel, daß dieses nicht auf einmal und durch eine kaiserliche Constitution bewirkt worden sey. Nein, Justinian sagt ausdrücklich, nach und nach, sowohl durch Gewohnheit als durch verbessernde Constitutionen sey es geschehen, daß sich das bürgerliche und prä-

35) Das *quodammodo* steht nicht bey Theophilus, und scheint ein unächter Zusatz zu seyn, wofür es auch **Muretus** bey *Jan. a* **Costa** Comm. ad h. t. pag. 235. hält, es findet sich jedoch in allen sowohl glossirten, als nicht glossirten Ausgaben.

torische Testament in Eins verschmolzen habe. Diesem ganz zuwider, will man gleichwohl die Worte **constitutum est**, so verstehen, als ob durch eine Constitution allein eine einzige, aus beyden Formen zusammengeschmolzene Form ausdrücklich verfügt und vorgeschrieben worden sey. Was dieses aber für eine Constitution seyn solle, darüber sind die Ausleger selbst verschiedener Meinung. Cujaz [36]) wähnte, es sey die ***L.* 15. *C. de testam.*** vom J. **339** welche er dem K. Constantin dem Großen zueignet, aber vielmehr von dessen Söhnen herrührt. Allein diese Meinung ist schon längst von Jacob Gothofredus [37]) so gründlich widerlegt worden, daß sie jetzt gar keine Berücksichtigung mehr verdient. Die meisten Rechtsgelehrten vereinigen sich jedoch darin, daß es die Novelle des Kaisers Theodosius des jüngern sey, eben diejenige, deren schon oben (S. **255**.) gedacht worden ist, auf welche die Worte **constitutum est**, u. s. w. sich beziehen sollen [38]). Diese

36) **Comm. ad L. 1. et L. 20. D. h. t, (*Opp.* Tom. II pag. 204. et 210. edit. *Hannov.* 1602. f.)** Ihm folgte ***Em.* Merillius Comm. ad §. 1. J. de testam. ord. verb. *Diutius.***

37) **Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de testam. (Tom. I. Cod. Th. pag. 376. sq. edit. *Ritteri.*)** Man sehe auch von Savigny Beytrag in der Zeitschrift 1. Bd. S. 80. f.

38) **Trekell Tr. de orig. et progr. testamenti fact. Cap. III. §. 53. Heineccius Antiquitat. Romanar. Lib. II. Tit. X — XII. §. 14.** Hugo Gesch. des Röm. Rechts bis auf Just. S. 775. der 8. Aufl. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 440. Theod. Max. Zachariä Institutionen des röm. Rechts. **Lib. II. Tit. 10.** Gesch. der Testamente IV. Periode. S. 475. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 477.

Meinung hat nun aber Herr von Savigny[39]) ausführlich zu widerlegen sich bemüht. Gleichwohl haben sich mehrere Stimmen gegen ihn erhoben, welche theils jene Meinung aufs neue zu vertheidigen versucht[40]), theils den Satz aufgestellt haben, daß die Mancipation, wo nicht schon zu den Zeiten von Constantins Söhnen, doch ganz bestimmt zur Zeit der Constitution von Arcadius und Honorius[41]) außer Gebrauch gekommen sey[42]). Allein zur Behauptung der Ansicht des Herrn von Savigny dürften vielleicht folgende Bemerkungen nicht ganz unbedeutend seyn. 1) Daß zur Zeit des Krs. Arcadius der Unterschied zwischen dem Civil- und Prätorischen Testamente noch Statt gefunden habe, ist daraus zu ersehen, weil in der Constitution desselben ausdrücklich gesagt wird, ein Testament könne nicht angefochten werden, *cum quinque* (**signatores**) *huic* (**sc. testatori**) *non ignari subscripserint testamento*, wenn man erwägt, daß nach dem Civilrechte ein von fünf Zeugen besiegeltes Testament anders nicht, als mit Mancipation, gültig war. Denn eben das ist ja der Grund, warum hier fünf Signatoren, oder Zeugen für hinreichend gehalten wurden, und gerade darin bestand ja der Unterschied zwischen dem prätorischen und Civiltestamente. 2) Daß eben so auch zur Zeit des Kaisers Theodosius II. die beiden Testamente, das Civil- und

39) A. a. O. S. 82. ff.

40) S. die Heidelberg. Jahrbücher der Literatur. Jahrg. 1815. Nr. 44. S. 689—698. und Gans Scholien zum Gajus. S. 284.

41) *L.* 3. §. 1. *C. Th. de testam.*

42) Dernburgs Bemerkungen. §. 29. S. 252. ff.

prätorische, noch bestanden, beweist die vom H. Prof. Hänel aus einem Wallersteinischen Codex vom Alaricianischen Breviarium wieder hergestellte, und schon oben angeführte Stelle der *L. 7. C. Th. de testamentis*, wo nicht nur die **unitas actus in omni genere testamenti**, ***sive id praetorio iure sive civili consistat***, zur Gültigkeit desselben nochmals vorgeschrieben, sondern auch der Unterschied von fünf oder sieben Zeugen ausdrücklich erwähnt wird. Daß aber 3) das schriftliche Civiltestament von fünf Zeugen unterschrieben, abgeschafft seyn solle, davon sagt die Novelle des Kaisers Theodosius II. kein Wort, welches gewiß geschehen seyn würde, wenn dieses die Meinung des Kaisers gewesen wäre, weil er in seiner frühern Constitution vom Jahr 424. beyder Testamente, sowohl des prätorischen = als des Civiltestaments ausdrücklich gedacht hatte. Die Absicht des Gesetzgebers war bloß, den Testatoren begreiflich zu machen, daß es ein Mißverstand sey, wenn man auch ein schriftliches Testament anders nicht für gültig habe halten wollen, als wenn den Zeugen der Inhalt des Testaments wäre bekannt gemacht worden. Da dieses durch Gewohnheit zur Nothwendigkeit geworden zu seyn schien; so verordnete der Kaiser, es solle den Testatoren, wenn sie schriftlich testiren, erlaubt seyn, ihr Testament, wofern sie den Zeugen nicht den Inhalt desselben wollen wissen lassen, verschlossen und versiegelt, den darzu erbetenen sieben Zeugen zur Unterschrift und Untersiegelung vorzulegen, wenn nur der Testator in ihrer Gegenwart erklärt, daß dieses sein Testament sey, was er ihnen vorlegt, **nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento.** Daß hier vom prätorischen Testamente die Rede sey, wird zwar aus-

drücklich nicht gesagt, es leidet aber darum keinen Zweifel, weil zu der Zeit, außer dem Civiltestamente vor fünf Zeugen, kein schriftliches, ohne Mancipation, bloß von 7 Zeugen besiegeltes Testament weiter bekannt war, als das prätorische. Daß man auch die Novelle nicht anders verstanden habe, erhellet aus der schon oben (S. 257.) angeführten westgothischen Interpretation. Dann leitet ja auch selbst Justinian die Siegel und die Zahl der Zeugen ausdrücklich aus dem Edict des Prätors her. Darin hat jedoch Theodosius die Form des prätorischen Testaments, und somit eines jeden schriftlichen Testaments erweitert, daß nicht nur die Zeugen den Siegeln ihre Unterschrift beyfügen sollen, sondern auch der Testator selbst das Testament, und zwar in Gegenwart der Zeugen, eigenhändig unterschreiben, oder, wenn er selbst nicht schreiben kann, einen achten Zeugen noch hinzuziehen solle, der für ihn das Testament unterschreibt. Etwas ganz Neues scheint jedoch auch diese Vorschrift nicht zu seyn. Denn wir finden ja schon merkwürdige Fragmente in den Pandecten, welche die Namen der Zeugen bey einem schriftlichen Testamente für eben so nothwendig erklären, als ihre Siegel, ja letztere ohne die ersteren für nichtig gehalten wissen wollen [43]). Es ist demnach sehr wahrscheinlich, daß schon

43) *L.* 22. §. 4. *D. h. t.* Ulpian. *lib. XXXIX. ad Edictum.* Si quis ex testibus *nomen suum non adscripserit*, verumtamen signaverit, *pro eo est, atque si adhibitus non esset;* sed et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus. — *L.* 30. *D. eodem.* Paulus *libro. III. Sententiarum.* Singulos testes, qui in testamento adhibentur, *proprio chirographo* annotare convenit, quis, et cuius testamentum

früher, und längst vor Theodos, wegen der Unterschriften der Zeugen Constitutionen müssen vorhanden gewesen seyn, weil Ulpian und Paulus in den angeführten Pandectenstellen von der Nothwendigkeit der Unterschrift der Zeugen als von einer ganz bekannten Sache reden. So erklärt sich nun auch, wenn Justinian in der Institutionen-Stelle sagt, die Unterschrift der Zeugen sey durch die Constitutionen erfunden worden [44]).

signaverit. Guyet in den Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. Nr. III. S. 34. ff. will unter dem proprio chirographo eine besondere, von dem Testament ganz verschiedene Urkunde verstehen, in welcher jeder Zeuge bemerkt habe, Wer er sey, und Wessen Testament er besiegelt habe, so daß also hiernach bey dem prätorischen Testamente, denn auf dieses sey die Stelle zu beziehen, neben dem Testamente selbst, noch eine Art von rotulus testium vorgekommen zu seyn scheine. Allein gegen diese Erklärung erweckt einen nicht ungegründeten Verdacht, daß Ulpian gar nichts davon erwähnt, und außer der von Guyet auf die angegebene Art erklärten Stelle von Paulus sonst nirgends eine Spur von diesem singulären Institut eines rotulus testium bey der Testamentserrichtung zu entdecken ist. Das Wort *chirographum* bezeichnet überhaupt alles, was man mit eigener Hand geschrieben hat, und was wir insgemein die eigene Hand nennen; also heißt proprio chirographo hier nichts anders, als propria manu, mit eigener Hand, in welcher Bedeutung diese Redensart bey den Classikern häufig vorkommt. Eine Menge Stellen führt Scheller in dem latein. deutsch. Lexicon v. *Chirographum* an, und Gesner in seinem Thes. linguae et erud. Rom. h. v. führt sogar die *L.* 30. *D.* selbst als Beyspiel an.

44) Auch Herr von Löhr im Archiv für die civilist. Praxis 6. Bd. S. 335. Not. 21. sagt, es lasse sich nicht behaupten,

Eben so war auch die Unterschrift des Testirers schon früherhin gebräuchlich. Denn es geschahe oft, daß die Testatoren ihre Testamente nicht selbst schrieben, sondern durch andere, z. B. durch ihre Sclaven, oder Freygelassene, oder Söhne, oder gute Freunde schreiben ließen[45]). Hier haben nun die Testatoren, aller Wahrscheinlichkeit nach, das Testament selbst unterschrieben. Daher geschieht der Unterschrift des Testirers schon in den Pandecten[46]) als Etwas ganz Gewöhnlichen, Erwähnung. Das Neue in der Constitution des Kaisers Theodosius besteht vielleicht bloß darin, daß der Testirer in jedem Falle das Testament unterschreiben soll, er habe es selbst geschrieben, oder durch einen Andern schreiben lassen. In dieser Hinsicht hat sich auch Justinian in der *L.* 28. §. 1. *C. de testam.* wo er dieses abgeändert hat, auf die **constitutio, quae de testamentis ordinandis processit**, bezogen, welches wohl keine andere, als die des Theodosius, ist. Soviel ist jedoch gewiß, daß ohne diese Er-

daß Theodos, indem er die Nothwendigkeit der Siegel und Unterschriften ausspricht, etwas Neues habe verordnen wollen. Der eigentliche Gegenstand der Verordnung sey nur der, die Zeugen brauchten den Inhalt eines schriftlichen Testaments nicht zu wissen. Es sey genug, wenn die angegebene Form beobachtet werde. Ob Etwas, und wie viel neu an dieser Form sey, dieß lasse sich aus dem Gesetz nicht erkennen.

45) *L.* 1. §. 8. *L.* 5. *et L.* 15. *D. de leg. Cornel. de fals. L.* 27. *et* 28. *D. h. t.* S. **Brissonius de formul. et solemn. Pop. Rom. verbis. Lib. VII. Cap. 4. pag. 560. edit. *Bachii.*** und **Heineccius Antiquitat. Roman. Lib. II. Tit. 10. §. 9.**

46) *L.* 40. §. 3. *de statu liber.* (XL. 7.) *L.* 15. *pr. et* §. 1. *et* 2. *D. de lege Cornel. de falsis.* (XLVIII. 10.)

forderniſſe nun auch keine bonorum posssessio secundum tabulas ertheilt werden könne. Denn Papinian[47]) ſagt ausdrücklich: ius praetorium ius civile subsequitur. Wenn alſo das ius civile novum ganz andere Grundprincipien einführt, wie Koch[48]) den Ausſpruch Papinians ganz richtig erklärt hat, ſo berückſichtiget ſolches auch der Prätor, und modificirt darnach ſein prätoriſches Recht[49]). Die **unitas actus** iſt hier auch nichts Neues. Sie war ſchon längſt vorher ſowohl beym prätoriſchen als bey dem Civiltestamente vorgeſchrieben[50]), und vom Kaiſer Theodoſius ſelbſt in einer früheren Conſtitution noch einmal eingeſchärft, wie ſchon oben bemerkt iſt. Sie ſoll nnr nicht ſo zu verſtehen ſeyn, als ob das ſchriftliche Teſtament zu einer Zeit und an demſelben Tage verabfaßt und ſolenniſirt werden müſſe, indem Beydes auch zu verſchiedenen Zeiten geſchehen könne. Juſtinian leitet ſie daher aus dem Civilrecht, die Unterſchrift der Zeugen aber, und des Teſtirers aus den Conſtitutionen her. Das mündliche Teſtament ſoll nun zwar damit nicht aufgehoben ſeyn; denn die Abſicht des Kaiſers ging nur hauptſächlich dahin, die durch Mißdeu-

47) *L.* 14. *D. de testibus.*

48) Bonorum possess. §. 8. a. E. S. 186.

49) Dennoch ſagt Koch §. 25. S. 255. „daß die bloßen signa nicht mehr hinlänglich, ſondern nach den neuern Conſtitutionen auch die Unterſchrift der Zeugen erforderlich ſey, werde zwar von Stryck, und faſt allen neuern Rechtsgelehrten behauptet, er könne ſich aber nicht recht davon überzeugen.“

50) *L.* 21. §. 3. *D. h. t. L.* 20. §. 8. *D. eod. L.* 8. *L.* 12. *C. de testam.* Dernburgs angef. Beyträge. §. 29. S. 251. f.

tung der beym Civiltestamente üblichen Nuncupation fast ausser Gebrauch gekomenen schriftlichen Testamente wieder in Gang zu bringen, und zu verordnen, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht zu wissen brauchten, wie aus dem Eingange, und dem ganzen Inhalt der Constitution erhellet; es soll nur aber ein mündliches Testament anders auch nicht gelten, als wenn der Testator eben so, wie diese Constitution bey dem schriftlichen Testamente, nämlich ohne Mancipation, vorgeschrieben hat, in Gegenwart von sieben fähigen, besonders dazu zusammenberufenen Zeugen in einer Handlung und zu gleicher Zeit erklärt, er wolle jetzt vor ihnen ein mündliches Testament machen, und dann die Zeugen alle seinen mündlich erklärten letzten Willen auch vernehmen. Die hierher gehörigen Worte sind:

Per nuncupationem **quoque, hoc est, sine scriptura,** ***testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes,*** **ut supra dictum est,** ***simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis, audierint*** **non ut suum: quod adsolet fieri, narrantis arbitrium, hoc est, ut manifeste testari se sub iisdem testibus sine scriptura eo ipso tempore dicat, non futurum suae voluntatis promittat arbitrium.**

Die Worte: ***non alias valere sancimus,*** **etc.** deuten offenbar darauf hin, daß die Testatoren sonst ihren letzen Willen mündlich nur vor den fünf Zeugen erklärten, welche zu einem Civiltestamente erfordert wurden [51]). Dieß soll nun nicht mehr gelten, sondern jedes mündliche Testament immer vor sieben Zeugen er-

51) S. Dernburg's Beyträge. S. 253. f.

richtet werden, wobey sich's denn von selbst verstand, daß hier eben so, wie bey einem schriftlichen Testamente vor sieben Zeugen, die Mancipation wegfiel. Was hier der K. Theodosius von der zu Errichtung eines mündlichen Testaments erforderlichen Zahl von sieben Zeugen verordnet, war auch eigentlich nicht ganz neu. Denn schon zur Zeit des Kaisers Gordian war es etwas ganz Bekanntes, daß aus einem mündlichen Testamente, wenn es vor eben so viel Zeugen war errichtet worden, als ein schriftliches mit Siegeln versehen und bezeichnet seyn mußte, eben so gut, als aus einem schriftlichen Testamente, eine **bonorum possessio secundum tabulas** ertheilt werden konnte[52]), ja man hielt schon längst vor Theodos selbst nach dem Civilrechte ein Testament auch ohne Mancipation für gültig, wenn es vor sieben Zeugen war errichtet worden, wie dieses alles aus einer für uns sehr wichtigen Constitution des Kaisers Gordian vom Jahre **243.** erhellet. Es ist die ***L. 2. Cod. de bonor. possess. secundum tabulas***, **(VI. 11.)**, welche folgendermaßen lautet:

Imp. Gordianus A. *Cornelio.* Bonorum quidem possessionem ex edicto Praetoris non nisi secundum eas tabulas, *quae septem testium signis signatae sint*, peti posse, in dubium non venit. Verum si *eundem numerum* adfuisse, *sine scriptis testamento condito*, doceri potest: *iure civili* testamentum fa-

52) Daß schon zu Julian's Zeiten auf ein testamentum nuncupativum, wenn es vor sieben Zeugen war errichtet worden, die bonorum possessio secundum tabulas ertheilt wurde, erhellet aus *L.* 8. §. 4. *D. de bonor. poss. sec. tabulas.* S. Koch's Bonor. possessio §. 22. S. 238. ff.

ctum videri, ac *secundum nuncupationem* bonorum possessionem deferri, *explorati iuris* est.

Von einem civilrechtlichen nuncupativen Teſtamente iſt auch wohl unſtreitig die Stelle Ulpians *L.* 21. *pr. D. h. t.* zu verſtehen, wenn er ſagt: **Heredes palam ita, ut exaudiri possint, *nuncupandi* sunt. Licebit ergo testanti vel *nuncupare heredes*, vel scribere; sed *si nuncupat*, palam debet. Quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit, exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus; et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit, *solennem numerum* exaudire.** Worin nun dieſer **numerus solennis** beſtehe, ergiebt ſich aus der Gordianiſchen Conſtitution [53]).

Bis dahin war nun alſo der Stand der Sache folgender. Die Teſtamente waren entweder ſchriftliche oder mündliche, letztere galten nun anders nicht, als wenn ſie vor ſieben dazu berufenen Zeugen **uno actu** waren errichtet worden. Erſtere aber, die ſchriftlichen, waren damals noch von zweyerley Art, a) civilrechtliche mit Mancipation vor fünf Zeugen. Denn daß dieſe aufgehoben worden, iſt ſchon darum nicht zu glauben, weil ja Theodos ſelbſt noch des **testamenti *civili iure* conditi** vor fünf Zeugen in ſeiner frühern Conſtitution, *L.* 7. *C. Theod. de testam.* und zwar in der bisher vermißten, aber vom H. Prof. Hänel wiederhergeſtellten Stelle dieſer Conſtitution ausdrücklich gedenkt, und in ſeiner jüngern Verordnung mit keinem Worte geſagt wird, daß ſie aufgehoben ſeyn ſolle, überdem die Formſucht der

53) S. Schilling's Bemerkungen über die röm. Rechtsgeſchichte. S. 376. Not. 1056.

Römer wohl vermuthen läßt, daß so lange Testamente nach dem Civilrecht vor fünf Zeugen errichtet werden konnten, auch die Mancipation dabey Statt gefunden habe, indem ja auch bey der Emancipation der Kinder der Scheinverkauf bis auf Justinian im Gebrauche blieb. b) Prätorische Testamente, ohne Mancipation, vor sieben Zeugen, die das Testament nicht bloß besiegelten, sondern auch zugleich mit dem Testator **uno actu** unterschrieben. So steht denn nun auch die Novelle unsers Theodosius mit der jüngern seines Schwiegersohns, des westlichen Kaisers Valentinian **III.** vom J. **446.** welche bey Ritter[54]) unter den *Novell.* VALENTINIANI **Tit. IV.** bey Hugo[55]) aber **Tit. XXI. Const. 1.** sich findet, und die Ueberschrift *de testamentis* hat, im besten Einklange, wenn es darin §. **2.** heißt:

Nam cum liceat cunctis *iure civili* atque *praetorio*, liceat *per nuncupationem*, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere, etc.

Valentinian gedenkt hier aller damals üblichen Testamentsarten. Da er sowohl dem civilrechtlichen als dem prätorischen Privattestamente das mündliche als eine dritte Art entgegensetzt; so kann es wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Worte ***iure civili* atque *praetorio* — — iudicia suprema componere**, sich bloß auf die schriftliche Art zu testiren nach dem Civil- und prätorischen Rechte beziehen sollen, wie auch Herr Prof. Schilling[56]) sehr richtig bemerkt hat. Es war also zur Zeit dieser Novelle das civilrechtliche

54) Cod. Theod. Tom. VI. P. II. pag. 108. sq.

55) Jur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1320. sqq.

56) Bemerkungen über röm. Rechtsgesch. Not. 1056. S. 370.

schriftliche Testament vor fünf Zeugen noch nicht außer Gebrauch. Denn in der Novelle des Kaisers Valentinian III. heißt es §. 4.

Idcirco, quia minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspici voluntatem, cui multum roboris erit, *si vel septem, vel quinque testibus muniatur.*

Es konnte also auch nicht von Theodos **II.** aufgehoben seyn, denn wohl wird sich der Schwiegersohn des Kaisers Theodos **II.** gehütet haben, diejenigen seiner Novellen, deren Inhalt dem der Novelle des **Pater Theodosius** widersprach, als für beyde Reiche geltend mit zuzusenden. Die Mancipation, welche nun nur noch bey einem schriftlichen Civiltestamente vor fünf Zeugen übrig blieb, verschwand jedoch nach und nach, und mußte sich nun um so mehr verlieren, da man nun mit einem Testamente ohne Mancipation eben so weit kommen konnte, als mit derselben, wenn man es mündlich oder schriftlich vor sieben dazu erbetenen Zeugen errichtete, deren Zahl die Feyerlichkeit derselben nun vollkommen ersetzte. Wenn ehe aber die Mancipation außer Gebrauch gekommen sey, läßt sich nicht bestimmen. Soviel ist gewiß, daß der Unterschied zwischen den zwey ehemals getrennten Testamentsformen, der civilrechtlichen und prätorischen, im östlichen Reiche schon vor Justinian verschwunden war. Da nun Justinian dennoch die Constitution des Kaisers Theodosius **II.** in sein Gesetzbuch aufnahm, so kann sie jetzt, nach dem Geiste der Justinianeischen Gesetzgebung, nur von einer einzigen Form der Testamente verstanden werden, welche anders nicht als **vor sieben Zeugen,** entweder mündlich oder schrift-

lich, vollzogen werden kann. Im westlichen Reiche hat sich freylich jener Unterschied länger im Gebrauche erhalten. Denn daselbst finden sich noch Spuren von der Fortdauer desselben aus der Zeit nach der Auflösung dieses Reichs, wie Herr von Savigny[57]) durch Stellen aus dem Edict des ostgothischen Königs Theodorich vom J. 500. und dem Rechtsbuche der Burgundischen Römer, unter dem Namen PAPIANI *Responsa* bekannt, so wie aus mehreren Zeugnissen bewiesen hat, woraus erhellet, daß Testamente vor fünf, oder sieben Zeugen gemacht werden konnten.

Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß das **constitutum est** in dem §. **3.** ***I. de testam. ord.*** sich nicht auf eine einzelne Constitution beziehen könne, wodurch die beyden Testamentsformen des ältern Rechts mit einemmale zu einem Ganzen verschmolzen worden, denn eine solche Constitution existirt nicht, und es kann daher auch die Novelle des K. Theodos II. nicht gemeint seyn, weil zu der Zeit die beyden Testamentsformen, wie gezeigt worden, noch Statt hatten. Es muß sich also die neue Testamentsform erst später gebildet haben, nachdem die Mancipationsform, und mit derselben der Unterschied zwischen Civil- und prätorischen Testamenten verschwunden war. Der Ausdruck „**constitutum est**“ kann folglich wohl nur auf das durch die allmählige Vereinigung beyder Testamentsformen hervorgegangene Resultat hindeuten, so daß der Sinn dieser Stelle ist: Nachdem allmählig sowohl durch Gewohnheit, als durch verbessernde Constitutionen, (zu diesen gehörte denn auch die Novelle des K. Theodos) die beyden Testaments-

57) Zeitschrift 1. Bd. S. 90. ff.

formen, die civilrechtliche und die prätorische, mit einander vereiniget und in ein Ganzes verschmolzen worden; **constitutum est**, das heißt nun nicht, so ward verordnet, sondern so ward nunmehr Rechtens, (Theophilus hat es sehr richtig durch ἐκράτησεν, **obtinuit**, ausgedrückt) das heißt also, es bildete sich dadurch folgende neue Form, daß zu ein und derselben Zeit, welches das Civilrecht erforderte, sieben Zeugen gegenwärtig seyn, und diese das schriftliche Testament unterschreiben müssen, was durch die Constitutionen ist eingeführt worden, und dann auch, nach dem Edict des Prätors, ihre Siegel dem Testamente beydrucken sollen, so daß das nun geltende Recht dreyfachen Ursprungs zu seyn scheint, nämlich die Zeugen und ihre gleichzeitige und ununterbrochene Gegenwart bey Errichtung des Testaments stammt aus dem Civilrecht her, die Unterschrift des Testators und der Zeugen ist in den kaiserlichen Constitutionen vorgeschrieben, und zu Folge derselben zu beobachten, die Siegel und die Zahl der Zeugen endlich schreibt sich aus dem Edict des Prätors her. Soweit geht die freylich dunkle Geschichte der Form der Testamente in den Institutionen. Was Justinian daran geändert hat, wird bey Gelegenheit gesagt werden.

§. 1412. c.

Heutige Form eines regulären Privattestaments.

Die Erfordernisse eines gewöhnlichen Privattestaments, welche die äußere Form desselben ausmachen, sind theils allgemeine, welche zu der regelmäßigen Form eines jeden Privattestaments gehören, es werde mündlich oder schriftlich errichtet; theils besondere Erfordernisse, welche nur dem schriftlichen oder dem mündlichen Testamente

eigen sind. Zu den allgemeinen Erfordernissen eines jeden regelmäßigen Privattestaments gehört

1) die gesetzmäßige Gegenwart von sieben dazu aufgeforderten testamentsfähigen Zeugen. Warum überhaupt zu einem Testamente mehr als zwey Zeugen erfordert werden, da doch sonst durch die übereinstimmende Aussagen zweyer unverwerflicher Zeugen ein vollständiger Beweis geführt werden kann [58]), hat seinen natürlichen Grund darin, um alle Verfälschung zu verhüten, und die Gewißheit des letzten Willens hierdurch außer allen Zweifel zu setzen. Denn so heißt es *L. fin. Cod. de fideicommiss.* (VI. 42.)

Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.

Warum nun aber gerade sieben Zeugen erfordert werden, hat bloß einen historischen Grund. Justinian leitet sie aus dem Edict des Prätors her. Warum aber der Prätor gerade sieben Zeugen erfordert habe, hat wohl die Analogie des Civiltestaments **per aes et libram** zum Grunde, bey welchem eben so viel Personen zugegen seyn mußten [59]). Gegen diese Meinung hat zwar

58) *L.* 12. *D. de testib.*

59) S. *Em.* Merillius Observation. Lib. VIII. Cap. 37. Trekell Tr. de orig. et progr. testamenti fact. Cap. III. §. 45. sqq. et §. 55. Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 2. pag. 14. Trekell will den antestatus zur siebenten Person machen, man sehe jedoch *Gerl.* Scheltinga Diss. de emancipationibus. P. I. Cap. III. §. 2—5. (in *Dan.* Fellenberg *Jurispr. antiqua* Tom. II. pag. 485. sqq.) und den 2. Th. des Comment. §. 158. S. 404. f.

Ferd. Aug. Hommel, oder der sich als Verfasser nennende Ehregott Fried. Bergmann[60]) viel einzuwenden gewußt, und dagegen die Muthmaßung aufgestellt, daß die Zahl der sieben Testamentszeugen vielmehr dem pythagoreischen Glauben an die Heiligkeit und Vollkommenheit der Zahl Sieben ihren Ursprung verdanke. Es ist jedoch diese Meinung von Trekell[61]) ausführlich widerlegt worden. Die Zahl der sieben Zeugen ist übrigens auch in der Notariatsordnung Maximilians I. Tit. I. von Testamenten §. 7. und 8. für gesetzmäßig erklärt. Außerdem wird

2) zu jedem ordentlichen Privattestamente auch Einheit der Handlung (**unitas actus**) erfordert. Unstreitig ist auch dieses Erforderniß aus dem **ritus mancipationis** beym Testamente **per aes et libram** herzuleiten, welche durch Einmischung einer fremdartigen auf das Testament keinen Bezug habenden Handlung nicht unterbrochen werden durfte, und zu ein und derselben Zeit vollzogen werden mußte[62]). Daher sagt Justinian, das Civilrecht habe diese Einheit erfordert. Auch dieses Erforderniß ist in der Notariatsordnung Tit. I. §. 7. in den Worten bestätiget: desselben Tages und Zeit, ohne daß einige andere auswendige Handlung oder Weile, dann allein der

60) Meditat. de numero septenario testium in testamentis. *Lipsiae* 1731. rec. 1748. 4. §. XVII. S. auch Gedicke Geschichte des Glaubens an die Heiligkeit der Zahl Sieben; in der Berliner Monatsschrift vom J. 1791. Monat Decemb. Nr. III. S. 494. ff.

61) Cit. Tract. cit. loc. §. XLVI — §. L.

62) S. Trekell cit. Tract. Cap. III. §. 57. und Püttmann c. l.

Leibsnoth halben geschehe, und klein wäre, darzwischen falle.

§. 1413.

Gesetzmäßige Gegenwart und Eigenschaften der Testamentszeugen.

Zur gesetzmäßigen Gegenwart der Testamentszeugen wird erfordert, 1) daß sie zum Zeugniß bey der Testamentshandlung besonders aufgefordert werden müssen, sie mögen nun entweder besonders gebeten worden seyn, sich zu diesem Zweck bey dem Testator einzufinden und zu versammeln, oder wenn sie etwa aus einer andern Ursache schon beym Testator versammelt sind, daß sie von der vor ihnen vorzunehmenden Testamentshandlung benachrichtiget werden[63]). Ulpian sagt *libro II. ad Sabinum*[64]).

In testamentis, in quibus *testes rogati*, adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur: ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.

In der Notariats-Ordnung Tit. I. §. 3. wird auch dieses Erforderniß bestätiget. Es heißt daselbst:

„Es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, sondern insonderheit zur Aufrichtung

63) *Jo. Henr.* Hoyer Disp. de rogatione testium in testamentis. *Regiomonti* 1705. 4. und Trekell Tract. cit. Cap. III. §. 56. pag. 192—194.

64) *L.* 21. §. 2. *D. h. t.* Bey gemeinen Beweiszeugen ist keine rogatio nöthig. *L.* 11. *D. de testib.*

des Testaments berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickter Ding unberufen zugegen wären, darzu ermahnet und besprochen werden."

Man leitet nicht ohne Grund den Ursprung dieser **rogatio testium von dem ritus mancipationis per aes et libram** her [65]). Denn die Feyerlichkeit dieser Handlung erforderte sie, und sie war auch schon darum nöthig, theils weil Niemand wider seinen Willen genöthiget werden konnte, Zeuge zu seyn. Daher die Formel: *licet antestari?* und die Gedächtnißaufforderung mit der an jeden Zeugen gerichteten Anrede: *memento, quod tu mihi in hac causa testis eris* [66]), welches nochmals nachher in der Nuncupationsformel: *itaque vos Quirites testimonium perhibitote*, wiederholt wurde; theils weil die Zeugen wissen mußten, warum sie waren versammelt worden. Mehrere [67]) behaupten, diese **rogatio** sey durch eine von den Mancipationszeugen verschiedene Person geschehen, welche die Zeugen versammelt, und, mit Berührung ihres Ohrs, zur Aufmerksamkeit aufgefordert habe. Sie sey von diesem Geschäft *antestatus* genennt worden, von *antestari*, welches soviel heiße, **als tactis auriculis alterum testem advocare** [68]). In

65) S. *Ev.* Otto de iurisprud. symbolica. (*Traj. ad Rhen.* 1730. 8.) Exercit. II. Cap. 3. pag. 142. sqq. Trekell cit. Tract. Cap. III. §. 14. pag. 89. sqq.

66) S. Acro et Porphyrius ad Horatium *Sermon.* Lib. I. Eccl. 9. v. 76. und Otto c. l. pag. 143.

67) *Em.* Merillius Observation. Lib. VIII. cap. 37. Trekell c. l. pag. 93.

68) S. Heineccius Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 12. §. 7.

einer alten Inscription bey Gruterus[69]), und in der Epitome des westgothischen Gajus geschieht auch des *antestatus* wirklich Erwähnung, und Clemens von Alexandrien[70]) spricht, und zwar gerade beym Testamente **per aes et libram**, von ὦτων ἐπιψαύσεις, *aurium tactiones*. Allein ob dieser **antestatus** eine von den übrigen bey der Mancipationshandlung zugegengewesenen ganz verschiedene Person gewesen sey, läßt sich nicht bestimmen. Soviel ist gewiß, daß der veronesische Gajus, Ulpian, Justinian, und Theophilus des **antestatus** nicht gedenken. Da die Rogation der Zeugen auf natürlichen Gründen beruht, so wurde auch noch in neuern Gesetzen ihre Nothwendigkeit bey Testamenten anerkannt. Sie ist nothwendig, theils um die Zeugen von der Absicht des Testators zu unterrichten, und sie zu der vorzunehmenden Testamentshandlung vorzubereiten, theils um den ernstlichen Willen, ein Testament zu machen, hierdurch zu erkennen zu geben[71]). Ist daher keine Rogation geschehen, so gilt das Testament nicht, wenn auch der Testator in einer Gesellschaft von noch so vielen Mannspersonen erklärt hätte, wer nach seinem Tode sein Erbe seyn solle. Geht nun aus dem Testamente selbst hervor, daß die Zeugen besonders ersucht worden, der Testamentshandlung als Zeugen beyzuwohnen, es ist dieses z. B. von den Zeugen bey der

69) Op. Inscription. pag. MLXXXI. *Frid.* Brummer in Comment. ad Legem Cinciam. Cap. XIV. in Opusc. a Beyero edit. pag. 211. sqq. hat diese Inscription ausführlich erläutert.

70) *Stromat.* Lib. V. pag. 574. Hierauf scheint auch die *L.* 21. *pr. D. de furt.* anzuspielen, wo Trebatius sagt: Qui *aurem alicuius* tetigit, totum eum videri tetigisse.

71) S. Hoyer cit. Disp. §. 4.

Unterschrift bemerkt worden; so kann von einem weitern Beweise nicht die Rede seyn. Ueberdem müßte auch wohl bey einem schriftlichen Testamente die geschehene Rogation aus der Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen so lange angenommen werden, bis das Gegentheil erwiesen ist, wie auch Fried. Esaias von Pufendorf [72]) nicht ohne Grund behauptet. Sonst kann sie freylich, als eine **res facti**, nicht vermuthet werden, sondern muß von dem bewiesen werden, welcher einen Anspruch aus einem Testamente geltend zu machen sucht, dessen Gültigkeit gerade von der Beobachtung dieser Form abhängt [73]). Nach der gemeinen Meinung [74]) behauptet man zwar, daß im Zweifel die **rogatio testium** allemal von dem Erben bewiesen werden müsse, das Testament möge mündlich oder schriftlich errichtet worden seyn; allein der Ausspruch des Gajus in der ***L.* 13. §. 2. *D. de publiciana in rem act.*** aus der man hier argumentirt, nämlich: **Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, et lege non prohibente, se emisse,** gehört nicht hierher, denn das Gesetz handelt, wie der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, da der Käufer der Sachen eines Pupillen solche klagend mit der

72) **Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 144.** Man sehe ***L. fin. C. de Edicto D. Hadriani tollendo.* (VI. 33.)**

73) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. S. 278. ff.

74) **Stryck de caut. testam. Cap. XV. §. 17. Müller ad *Struvium* Exerc. XXXII. Th. 10. not. η. nr. V. pag. 649. Vinnius Comm. ad §. 3. J. de testam. ord. Hoyer cit. Diss. §. 18. et 19. Lauterbach Colleg. theor. pract. Paud. h. t. §. 57. in fin. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1262. not. d.**

actione publiciana verfolgen will. Hier muß er freylich das hier zum Grunde liegende **dominium praesumtum**, mithin auch den Erwerb der Sache in rechtlicher Form darthun [75]). Sollte ja hieraus zu argumentiren seyn, so wäre vielmehr ein Unterschied zu machen, ob Jemand ein Recht aus einem Testamente verfolgen will, dessen Gültigkeit von diesem Umstande abhängt, oder ob er die Gültigkeit des Testaments aus dem Mangel dieses Umstandes anzufechten sucht. Im ersten Falle muß das Daseyn der Rogation, im andern Falle die Unterlassung derselben von dem erwiesen werden, der dadurch Rechte gerichtlich verfolgen will [76]). Uebrigens braucht die Rogation nicht gerade von dem Testirer selbst, sie kann auch mit dessen Bewilligung und in seinem Namen von einem Dritten z. B. von dem Notarius geschehen, der zur Testamentshandlung hinzugezogen worden ist [77]).

2) Die Zeugen müssen sich dergestalt um den Testator befinden, daß sie ihn nicht nur reden hören, sondern auch sehen können [78]). Der Grund ist, damit bey

75) Weber angef. Schrift. S. 290.

76) *L.* 11. *C. de probat.* (IV. 19.) Struv Synt. iuris civ. Tom. II. Exercit. XXVIII. Th. 6. in fin. und Borst über die Beweislast im Civilprozeß. §. 69.

77) Hoyer Diss. cit. §. 6. Meier Colleg. iuris argentorat. h. t. Th. 13. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 57. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 445. S. 475.

78) Lauterbach Colleg. theor. pract Pand. h. t. §. 58. *Guil.* Ranchinus Variar. Lection. Lib. II. cap. 6. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 941. sq.) Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6. *Mich. God.* Wernher lectiss. commentation. in Pand. P. II. h. t.

Errichtung des Testaments kein Betrug vorgehen möge. Denn eben deswegen wird ja hier eine größere Zahl von Zeugen, als sonst bey Schließung eines Rechtsgeschäfts, erfordert, damit Verfälschung auf alle mögliche Art verhütet werde[79]). Man pflegt zwar gewöhnlich den Beweis für dieses Erforderniß aus der *L.* 9. *C. de testam.* herzunehmen, wo die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren:

Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, *et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt*, nullo iure testamentum valet.

Allein dieses Gesetz hat zunächst eine ganz andere Bedeutung. Die Zeugen sollen das, was sie bey Errichtung des Testaments als Zeugen zu verrichten haben, in Gegenwart des Testirers thun. Sie müssen also das Testament nicht nur, indem sie noch beym Testirer sind unterschreiben, sondern auch besiegeln. Wenn also z. B. der Testator den Zeugen das Testament zur Besiegelung ins Haus schicken wollte, so wäre das ganze Testament null und nichtig. Ja wenn auch nur ein Zeuge das Testament mit nach Hause genommen hätte, um es daselbst zu siegeln, so würde es eben so seyn. Daß dieses die wahre Meinung des Gesetzes sey, bestärken Erstens die Basiliken[80]), welche dasselbe auf folgende Art erklärt haben:

§. 22. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 182. S. 133. und Mühlenbruch doctr. Pandectar. Vol. III. §. 476. pag. 72.

79) *L.* 32. *C. de fideicomm*

80) Tom. IV. Lib. XXXV. Tit. 2. Const. 9. pag. 774. *Fabroti.*

Εὰν οἱ μάρτυρες μὴ ἐπ' ὄψεσι τοῦ διατιθεμένου σφραγίσωσι τὴν διαθήκην, ἄχρηστός ἐστιν. εἰ μή ἄρα προνόμιον ἰδικόν ἐστιν ἐν ἐκείνῃ τῇ πόλει, ὥστε μὴ ἐπ' ὄψεσι τοῦ διατιθεμένου τὰς σφραγίδας ἐπιτίθεσθαι. **i. e.** ***Si testes non in conspectu testatoris signaverint testamentum, inutile est: nisi speciale privilegium sit in ea civitate, ut testes in conspectu testatoris sigilla non imponant.***

Zweytens dient zur Erklärung unsers Gesetzes noch vorzüglich eine andere Verordnung eben dieser Kaiser, nämlich die ***L.* 12. *Cod. eodem***, wo sie folgendermaßen rescribirt haben:

Si unus de septem testibus defuerit, vel CORAM TESTATORE *omnes* EODEM LOCO *testes suo vel alieno annulo non* SIGNAVERINT, iure deficit testamentum.

Man sieht hieraus, daß ***in conspectu testatoris*** nichts anders, als **coram testatore**, oder, wie sich Justinian [81]) ausgedrückt hat, **sub praesentia ipsius testatoris** heißen solle. Es tritt also hier noch der besondere Grund ein, weil die Einheit der Handlung dadurch gestöhrt werden würde. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß die Redensart ***in conspectu alicuius esse*** meist in der activen Bedeutung genommen werde [82]), und daß sie auch in unserm Gesetz so genommen worden, hat insonderheit der sel. Canzler Koch [83]) zu beweisen gesucht, so daß also die Redensart ***in conspectu testatoris*** hier soviel heiße, als im

81) *L.* 30. *C. de testam.*

82) Gesner Thes. linguae et erud. Roman. voc. Conspectus. Tom. I. pag. 1190.

83) *Jo. Christph.* Koch Progr. de conspectu testatoris ad L. 9. C. de testam. *Giessae* 1755. 4.

Angesichte, vor den Augen des Testirers, mithin dieses Gesetz nur eigentlich soviel sagen wolle, daß der Testator die Zeugen sehen müsse; ob er gleich übrigens der gemeinen Meinung huldiget, daß die Zeugen den Testator müssen sehen können. Allein eben so bekannt ist es auch, daß diese Redensart nicht minder häufig im passiven Sinne genommen werde, nämlich von Jemanden gesehen werden[84]). Was hindert es nun, beyde Bedeutungen hier zum Grunde zu legen, da die Gegenwart der Zeugen vor dem Testator schon von selbst voraussetzt, daß sie ihn auch müssen sehen können? Ja wollte man den **conspectus testatoris** in der streng activen Bedeutung nehmen, und bloß so verstehen, daß nur der Testator die Zeugen sehen müsse, so würde ja, gewiß gegen die Absicht der Gesetzgeber, daraus folgen, daß ein Blinder nicht testiren könne, weil er die Zeugen nicht sehen kann, da es doch zu den Zeiten der Kaiser Diocletian und Maximian eine ganz bekannte Sache war, daß auch Blinde testiren konnten[85]). Wenn man nun noch erwägt, daß die Kaiser aller Wahrscheinlichkeit nach den Fall eines schriftlichen Testaments bey ihrer Entscheidung vor Augen gehabt haben, so kann noch weniger einigem Zweifel unterworfen seyn, daß die passive Bedeutung von **in conspectu testatoris**, also das von den Zeugen gesehen zu werden, nicht aus-

84) Z. B. **Cicero** *ad Attic. Lib. VII. Ep.* 10. **Cicero** *Verr. V. c.* 33. 66. **Cicero** *de finib. Bon. et Mal. V.* 31. **Valerius Maximus** Lib. I. c. 6. **Plinius** *Panegyr. Cap.* 22. *L.* 38. *D. de servitut. praedior. urb.* S. Scheller's lat. deutsch. Lexicon. voc. *Conspectus.*

85) **Paulus** *Sent. Recept. Lib. III. Tit. V. A.* §. 4. S. oben §. 1406. d. S. 26. ff.

geschlossen werden könne. Ist von einem mündlichen Testamente die Rede, so müssen die Zeugen schon darum den Testator sehen können, um sich von der Identität seiner Person überzeugen zu können. Denn wie würde sonst die **perfectissima veritas** erreicht werden, welche doch nach ***L.* 32. *C. de fideicomm.*** der Grund von dem **moior numerus testium** ist? Ja eben deswegen soll beym Testamente eines Blinden sogar noch ein Zeuge mehr genommen werden, **ne locum quidem ullum relinquat insidiis *tot oculis spectata, tot insinuata sensibus* in coecis testandi licentia**[86]). Daher kann denn wohl

a) kein Blinder bey einem Testamente Zeuge seyn. Bey einem schriftlichen Privattestamente ist dieses außer Zweifel. Denn da die Zeugen nicht nur das Testament eigenhändig unterschreiben, und ihre Siegel beysetzen, sondern auch erforderlichen Falls ihre Namen und Siegel recognosciren müssen[87]); so sind Blinde schon natürlich ausgeschlossen. Aber sehr streitig ist die Frage, ob Blinde auch bey mündlichen Testamenten als zur Zeugenschaft unfähig auszuschließen sind? Die meisten Rechtsgelehrten[88]) bejahen diese Frage mit Recht, und diese

86) ***L.* 8. *C. Qui testam. fac. poss.***

87) ***L.* 21. *C. de testam.* *L.* 4. *D. Testam. quemadmod. aperiant.*** **(XXIX. 3.)**

88) *Hug.* **Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 7. §. 9. (Vol. III. pag. 315. *edit. Norimb. noviss.*)** *Arn.* **Vinnius Comm. ad §. 6. J. de testam. ord. nr. 4.** *Jo.* **Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7.** *Reinh.* **Bachov ad Treutlerum Vol. II. Disp. X. Th. V. lit. C. pag. 547.** *Jo. Jac.* **Wissenbach Comment. in libros VII. prior. Cod. ad L. 9. C. de testam.** pag. 544. **Tre-**

Meinung bestätigt auch der Gerichtsgebrauch [89]). Allein in der Theorie ist sie sehr zweifelhaft. Eduard Henryson [90]) bestritte sie zuerst, und ihm folgte Conrad Rittershusen [91]). Ihr Grund war nicht unbedeutend, weil kein Gesetz einen Blinden ausdrücklich vom Testamentszeugniß ausschließe, die *L.* 9. *C. de testam.* aber bloß von der Gegenwart der Zeugen vor dem Testator, nicht aber von dem Gesicht derselben zu verstehen

KELL de orig. et progr. testam. fact. Cap. III. §. 71. pag. 226. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. *Jo. Christph.* KOCH Progr. cit. de conspectu testatoris pag. 8. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 9. pag. 298. Ernst Christ Westphal von Testamenten §. 182. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 366. not. p. *Lud. God.* MADIHN Princ. iur. Rom. de successionib. §. 70. not. a. *Christ. Frid.* MÜHLENBRUCH doctr. Pand. Vol. III. §. 476. und Jo. Ad. Seuffert Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 524. S. 118.

89) *Sam.* STRYCK de cautel. testamentor. Cap. XV. §. 27. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 60. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. Exercitat. XXXII. Th. 10. nr. II. et Th. 12. *Pet.* MÜLLER ad Th. 12. not. a. *Casp.* MANZIUS de testamento valido et invalido. Tit. V. nr. 21. *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 3. pag. 366. edit. *Haubold. Car. Christph.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1262. not. a.

90) Commentat. in Tit. X. libri II. Institut. de testam. ord. ad §. 6. h. t. *Paris* 1556. 8. (in *Thes. Meerman.* Tom. III. pag. 437.)

91) Commentar. nov. in Institut. Justin. ad §. 6. J. de testam. ord. pag. 231.

sey. Kein Wunder, wenn nun Diet. Wilh. Matthiä[92]), und Christ. Aug. Laurich[93]) diese Meinung in eignen Schriften zu vertheidigen suchten. Koch[94]) nahm zwar die gemeine Meinung wieder in Schutz, und unterstützte sie mit neuen Gründen, allein Georg Heinr. Lehr[95]) schrieb dagegen eine eigene Abhandlung, und bemühte sich für die entgegengesetzte Meinung gleichfalls neue Beweise aufzustellen, ja er ging soweit, daß er keinen Anstand nahm, ein vor sieben blinden Zeugen aufgerichtetes mündliches Testament für gültig zu erklären. Freylich auch sehr consequent. Denn ist einmal ein Blinder ein testamentsfähiger Zeuge, so muß auch ein Testament vor sieben blinden Zeugen gelten. Eben so consequent würde es denn auch seyn, wenn vor einem blinden Testirer sieben blinde Zeugen erscheinen. Denn auf das Gesicht der Zeugen soll es ja nicht ankommen, und daß ein Blinder auch testiren könne, ist bekannt. Allein sollten denn solche Ungereimtheiten wirklich in den Gesetzen ausgesprochen seyn? Die letzte Consequenz widerlegt wenigstens schon das Gesetz selbst vom Testamente eines Blinden, woraus die das Gegentheil beweisende Stelle schon oben angeführt worden ist[96]). Daß aber alle sieben Zeugen

92) Diss. de testimonio coeci et surdi in testamento. *Erford.* 1693. rec. *Giessae* 1775. 4. Cap. II.

93) Diss. de coeco idoneo in testamentifactione teste, praes. *Aug. Frid.* Schott def. *Lipsiae* 1773. 4.

94) Cit. Progr.

95) Ueber die Frage: Ob ein Blinder bey Testamenten Zeuge seyn könne? Giessen 1788. 4. und im Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeben von Hagemann und Günther 5. Th. Nr. X. S. 197—213.

96) S. Not. 86.

blind seyn könnten, ist zwar ein, Gott sey Dank, fast undenklicher Fall. Aber wir wollen ihn einmal als möglich denken, wie möchte sich die Gültigkeit eines solchen Testaments nach den Gesetzen rechtfertigen lassen, wenn auch bewiesen werden könnte, die Zeugen seyen nicht durch eine verstellte Person betrogen worden? Es ist wahr, die Zeugen könnten alle den Testator gehört und verstanden haben, sie könnten auch von dem, was sie gehört haben, ein Zeugniß ablegen. Allein ist dieses schon genug? Können sie auch darüber ein gültiges Zeugniß ablegen, daß der Testirer der wirklich war, für den er sich ausgab? Kann nicht der vermeintliche Testirer eine untergeschobene Person seyn, welche die Stimme desjenigen, für den er sich ausgab, betrüglich nachzuahmen wußte? **Experientia enim abunde docet,** sagt Peter Müller[97], **alterius orationem ita ab alio exprimi posse, ut differentia vix ulla appareat.** Wie viel sonderbare Beyspiele von falschen Testamenten durch Unterschiebung fremder Personen erzählen uns nicht die Practiker aus älterer und neuerer Zeit[98]? Müßte nun nicht schon an sich ein Testament den höchsten Verdacht

97) Ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 10. not. *i*.

98) Vergl. z. B. *Jul.* Clarus receptar. Sentent. Lib. III. §. Testamentum Qu. 59. Carpzov Prax. rer. crim. Qu. XCIII. nr. 32. *Simon van* Leeuwen Censura forens. P. I. Lib. III. cap. II. nr. 11. et 12. *Guil.* Ranchinus variar. Lection. Lib. II. cap. 6. *Christ.* Thomasius Diss. de iure iniusto heredipetarum. §. 14. sqq. Pitavals Erzählungen sonderbarer Rechtshändel. Th. 7. S. 330. von Cramer academ. Reden über die gemeine bürgerl. Rechtslehre. 1. B. S. 609. und neues Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Kleinschrod, Konopak und Mittermaier. 1. Bandes 1. St. Nr. II. S. 36. ff.

eines Betrugs erwecken, welches vor sieben blinden Zeugen errichtet worden ist? Eine solche unjuristische Meinung zu behaupten, ist daher auch wohl bis auf Lehr noch keinem Juristen eingefallen. Zwar daß Blinde nicht unbedingt auszuschließen, haben auch wohl einige neuere Rechtsgelehrten[99]) behauptet; z. B. wenn etwa Einer von den Zeugen, oder auch Einige blind gewesen wären; so schade dieses der Gültigkeit des Testaments nicht. Allein gilt ein Testament nicht, welches vor sieben blinden Zeugen ist errichtet worden, so ist es auch ungültig, wenn auch nur Einer von den Zeugen blind war. **Cum enim res** ***per testium solemnitatem*** **ostenditur**, sagt Justinian[100]), **tunc et numerus testium et** ***nimia subtilitas*** **requirenda est**; d. h. es ist zum gültigen Beweis eines Testaments nicht genug, wenn sieben Zeugen zugegen gewesen sind, sondern es ist bey jedem einzelnen Zeugen auch auf das genaueste zu untersuchen, ob er auch die Eigenschaften eines gültigen Testaments-Zeugen hatte[1]). Denn eben darum, sagt Justinian nachher, werden bey Testamenten mehr Zeugen, als sonst gewöhnlich ist, erfordert, ut **per ampliores homines** ***perfectissima veritas*** **reveletur. An dieser perfectissima veritas** fehlt es

99) Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 445. S. 475. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 692. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch. §. 447. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 815. der 3. Ausg.

100) *L.* 32. *circ. fin. C. de fideicomm.*

1) Daß das Wort *subtilitas* hier in dieser Bedeutung zu nehmen sey, erhellet aus vielen von **Brissonius de Verbor. Signif.** h. v. angeführten Gesetzstellen.

nun aber nach dem Gesetz schlechterdings, wenn bey Errichtung des Testaments auch nur Einer unter den Zeugen ungültig war[2]). Allein man läugnet ja, was hierbey vorausgesetzt wird, daß der Blinde kein gültiger Testamentszeuge sey. Warum? Da Laurichs Gründe schon theils von Koch, theils von mir selbst[3]) sind widerlegt worden, so sind nur nach Lehrs aufgestellte neue Beweise kürzlich zu prüfen. Daß sie durchaus schwach sind, wird sich gleich ergeben. Sie sind folgende. 1) Im §. 6. *J. de testam. ord.* heiße es ausdrücklich: **Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est.** Nun könnten ja Blinde unstreitig zu Erben eingesetzt werden, sie müßten folglich bey **testamentis nuncupativis** auch als gültige Zeugen gebraucht werden können. Allein wenn dieser Schluß gelten soll, warum haben denn die Gesetze die Frauenspersonen, die Unmündigen, die gerichtlich erklärten Verschwender vom Zeugniß bey Testamenten ausgeschlossen, welche doch so gut, wie die Blinden, zu Erben eingesetzt werden können? 2) In demselben §. 6. *J.* seyen physische Fehler angeführt worden, die den Zeugen ungültig machen, z. B. **mutus, surdus.** Des Blinden aber werde nicht gedacht. Blinde seyen auch sonst von den Gesetzen nicht verworfen. Dieser Grund hat einigen Schein, und hat mehrere getäuscht. Allein der Schein verliert sich, wenn man erwägt, daß ihre Verwerflichkeit sich daraus von selbst ergiebt, daß die Zeugen den Testirer müssen sehen können, und dieses, denke ich, ist aus den oben angeführten Gesetzen

2) *L.* 14. *D. de testibus.*

3) S. die Diss. de testamenti privati solennis probatione §. 10. (in *Opusc.* Fasc. I. pag. 130—144.)

deutlich genug bewiesen worden. 3) Die Gesetze forderten von den Testamentszeugen weiter nichts, als daß sie freywillig vorhanden, und vom Zweck ihrer Gegenwart unterrichtet seyen; daß sie vermeiden, dem **actui testandi** fremde Geschäfte einzumischen, und endlich so gut, als Sehende, nicht nur hören und verstehen, was der Testator verordnet, sondern auch überhaupt, von dem, was sie hören, ein gültiges Zeugniß ablegen können. Alles dieses könne auch von einem Blinden geleistet werden. Es müßten also auch die allgemeinen Worte der ***L.* 20. §. 9. *D. h. t.* nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibitus sit, sufficere,** offenbar bey ihnen eintreten. Allein man kann das Alles zugeben, und dennoch ist damit nicht bewiesen, daß Blinde gültige Testamentszeugen sind. Denn es kommt ja nicht bloß darauf an, daß die Zeugen hören und verstehen, was der Testator verordnet, und auch dieses erforderlichen Falls wieder von sich geben können. Jeder Zeuge muß ja auch von der Gewißheit der Person des Testirers überzeugt seyn, und dieß ist er nur dann, wenn er den Testator mit seinen Augen gesehen hat. Das angeführte Gesetz beweist auch ganz und gar nichts gegen uns. Denn wollten wir es bloß vom Gehör der Zeugen verstehen, so brauchte sich ja der Testator vor den Zeugen gar nicht sehen zu lassen. Das Gesetz spricht ja aber überhaupt vom ***sensu percipere*** des Zeugen. Daß dieser **sensus** nun nicht bloß das Gehör, sondern vorzüglich auch das Gesicht sey, sagen die oben angeführten Gesetze ausdrücklich. Man erinnere sich der Worte: **ne locum quidem ullum relinquat insidiis *tot* OCULIS *spectata*, *tot insinuata* SENSIBUS testamenti factio.** Liest man aber das Gesetz

im Zusamenhange, so stellt Ulpian hier den Satz auf: es ist nicht nöthig, daß die Zeugen die Sprache des Testators verstehen, weil sie den Inhalt des Testaments nicht zu wissen brauchen; wenn sie nur soviel verstehen, daß sie wissen, wozu sie berufen sind, dieß sey schon genug[4]). **Non tamen *intelligentiam sermonis* exigimus**, sagt Ulpian in den vorhergehenden Worten. **Hoc enim *Divus Marcus* Didio Juliano in teste, qui latine loqui non noverat, rescripsit.** Wie kann denn nun daraus bewiesen werden, daß auch ein Blinder ein gültiger Testamentszeuge sey? Viel eher das Gegentheil, denn offenbar ist hier von einem schriftlichen Testamente die Rede, weil zu einem **testamento nuncupativo** nothwendig erfordert wird, daß die Zeugen die Sprache des Testators verstehen. Das nämliche, was hier Ulpian sagt, lehrt auch Paulus *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. IV. A.* **§. 13. Ex his, qui ad testamentum adhibentur, si qui sint, qui Latine nesciant, vel non intelligant, *sed tamen sentiant, cui rei intersint*, adhibiti non vitiant testamentum**, welche Stelle Anton Schulting[5]) auch von einem **testamento scripto** versteht.

4) Bey Testamenten dürfe eine Solennität ohne ausdrückliche Verordnung der Gesetze nicht angenommen werden. Allein es gilt hier keiner bloßen Solennität, sondern vorzüglich einer **perfectissima veritas**, welche durch den **maiorem numerum testium** außer allen Zweifel gesetzt werden soll. Dazu taugen blinde Zeugen

4) S. *Guil.* **Fornerius** Selection. Lib. II. cap. 12. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 60.)

5) Jurispr. vet. Antejustinian. ad h. l. not. 40. pag. 344.

nicht, auch nicht Einer. 5) Die Testaments-Zeugen würden zwar allerdings **maioris veritatis causa** verlangt, allein doch nur in Ansehung dessen, was der Testator verordnet. Kommt aber etwas zur Sprache, was zwar auf die Gültigkeit des Testaments einen Einfluß hat, nach den Vorschriften der Gesetze aber nicht von den Zeugen erörtert werden muß; dann könne dasselbe bloß aus dem Grunde, weil sie hiervon keine Red und Antwort geben können, keinesweges angefochten werden; sondern es müsse vielmehr bey dergleichen Sachen nach den gemeinen Verordnungen so gewiß jeder gültige Beweis hinlänglich und bey Zeugen nicht das Daseyn von sieben, sondern bloß von zwey nöthig seyn, als gewiß es ist, daß es eine neue, und den Gesetzen unbekannte Solennität wäre, wenn man annehmen wollte, daß diese Gegenstände schlechterdings durch die Testamentszeugen richtig gestellt werden müßten. Allein die Wahrheit dessen, was der Testator verordnet hat, hängt ja von der Gültigkeit des Testaments ab. Werden also die Testamentszeugen **maioris veritatis causa** in Ansehung dessen verlangt, was der Testator verordnet hat, so muß durch eben diese Zeugen auch das zur vollkommensten Gewißheit gebracht werden, was auf die Gültigkeit des Testaments einen Einfluß hat, und das Testament muß aus dem Grunde, weil sie hiervon keine Red und Antwort geben können, allerdings angefochten werden können, und wenn auch nur ein Zeuge z. B. den Testator nicht gesehen hätte, weil er blind war, und also für seine Person darüber keine Red und Antwort geben könnte, ob der Testirer wircklich der gewesen sey, für den er sich ausgab. Denn zur Rechtsgültigkeit eines Testaments gehört ja vor allen Dingen, daß die Person des Te-

stirers ihre Gewißheit habe; wenn nun auch alle Zeugen einstimmig aussagten, was sie gehört haben, und nicht auch alle sich durch ihr Gesicht überzeugt hätten von der Gewißheit der Person des Testirers, so würde doch das Testament für gültig nicht zu halten seyn. Ich muß hier nochmals an die bedeutungsvollen Worte Justinians[6]) erinnern: *Cum res per* TESTIUM SOLENNITATEM *ostenditur, tunc et* NUMERUS *et* NIMIA SUBTILITAS *requirenda est. Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum,* MAIOREM NUMERUM TESTIUM *expostulat, ut per ampliores homines* PERFECTISSIMA VERITAS *reveletur.* Die gemeinen Verordnungen vom Beweise können also hier nicht zur Anwendung kommen. Endlich **6**) wenn ein Fremder an einem Orte testirt, wo man ihn gar nicht kennt, und man kann die Richtigkeit seiner Person auf keine Art darthun, dann sey das Testament freylich aus dem Grunde ungültig, weil die Person des Testators ungewiß bleibt. Seyen aber einige Zeugen vorhanden, welche beweisen, daß der Testator der gewesen, für den er sich ausgab; so werde es deswegen, weil denselben entweder nur einige oder gar keine Testamentszeugen kannten, nicht hinfällig. So wenig also verlangt werden könne, daß der Testator den sämmtlichen Testamentszeugen bekannt sey, eben so wenig brauchten auch diese sehen zu können. Denn nicht sehen und nicht kennen sey hier wohl einerley. Es kommt bey diesem Grunde zunächst auf die Frage an, ob die Zeugen den Testirer persönlich kennen müssen? Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten sehr verschieden

6) *L.* 32. *C. de fideicomm.*

beantwortet. Voet[7]) bejahet sie schlechterdings. Westphal[8]) hingegen hält es nicht für nöthig, daß die Zeugen den Testator persönlich kennen müssen. Joh. Christ. Pistor[9]) macht einen Unterschied, ob sich der Testator absichtlich an einen fremden Ort begab, um daselbst zu testiren, und das Testament vor Zeugen errichtete, die ihn nicht kannten, oder ob ein Reisender, der unterweges von einer tödtlichen Krankheit befallen wurde, sich genöthiget sahe, vor Zeugen zu testiren, die ihn nicht kannten. Im ersten Falle sey das Testament ungültig, im zweyten aber sey es für gültig zu halten. Herr Professor, Ritter Ludw. Gottfr. Madihn[10]) sagt, die Zeugen müssen zwar allerdings den Testirer kennen, es sey jedoch schon genug, wenn nur einige den Testator kennen. Herr von Hartitzsch[11]) endlich meint, nur bey schriftlichen Testamenten sey es nicht unumgänglich nothwendig, daß die Zeugen den Testirer persönlich kennen. Meinem Grundsatz getreu, daß durch die sieben Zeugen, welche bey Errichtung des Testaments zugegen waren, die vollkommenste Gewißheit des Testaments hergestellt werden soll[12]), und daß daher jeder einzelne

7) Commentar. ad Pand. h. t. §. 24.

8) Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 153.

9) Tractat. iuris civ. de testatore testibus testamentariis incognito, ubi simul differentia inter testamentum peregrinantis, et illius, quando quis in specie testandi causa ad locum extraneum se confert, sistitur. *Giessae* 1757. 4. rec. 1787. 4.

10) Princip. iuris Rom. de successionib. §. 70.

11) Erbrecht. §. 58.

12) Man sehe meine Diss. de testamenti privati solemnis probatione, per septem testes, in eo ordinando adhi-

Zeuge die zu einem Testamentszeugen erforderlichen Eigenschaften zur Zeit der Errichtung des Testaments haben müsse, behaupte ich, daß alle Zeugen den Testirer von Person kennen müssen, und daß es daher nicht genug sey, wenn nur einige den Testirer kannten. Denn die Gewißheit des letzten Willens erfordert schlechterdings, daß die Zeugen den Testator kennen müssen, weil sie sonst, ohne den Testirer von Person zu kennen, wegen der Person des Testirenden nicht vollkommen gewiß seyn können. Denn die Zeugen, welche den Testator nicht kennen, müssen sich ja bloß auf das Zeugniß derjenigen verlassen, die ihn kannten. Durch sie ist also keine vollkommene Gewißheit in Ansehung der Person des Testirers zu erhalten. In Ansehung ihrer bleibt folglich die Person des Testirers im Zweifel, mithin ist auch in Ansehung des letzten Willens des Testirers nicht die gesetzlich erforderliche vollkommene Gewißheit vorhanden. Das Testament kann also auch nicht gelten. Denn alles, was die völlige Ueberzeugung von der Zuverlässigkeit und Gewißheit des letzten Willens des Testirers ausschließt, hindert auch die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit des letzten Willens. Ich mache auch in Ansehung der Reisenden keine Ausnahme, denn ihre Testamente haben vor den Testamenten Anderer nichts voraus [13]). Und so hat denn Lehr ganz recht, wenn er sagt, nicht

bitos, instituenda §. 3 — 6. (in *Opuscul.* Fasc. I. Nr. I. pag. 17 — 58.)

13) S. *Sam.* Stryck Diss. de testamento in itinere confecto *Francof. ad Viadr.* 1677. *rec.* 1699. 4. Th. XXXIII. et de cautel. testamentor. Cap. XIV. §. 15. und *Christ. Frid.* Thyme Diss. de testamentis peregrinantium, praes. *Christ.* Rau def. *Lipsiae* 1777. 4. §. 3.

sehen, und nicht kennen, ist hier einerley[14]). Das Resultat seines neuen Beweises löst sich also in den Worten Virgils auf:

animum pictura pascit inani.

Dahingegen ist es

b) eine fernere Folge unserer Ausführung, daß ein Testament nicht bloß verdächtig, sondern schlechterdings ungültig sey, wenn sich der Testirer vor den Zeugen nicht sehen ließ, sondern hinter einer spanischen Wand, oder im Bette mit zugezogenen Gardinen lag[15]). Man nennt ein solches Testament **testamentum cortinatum, occultum, s. velatum**[16]). Wäre jedoch der Testirer zwar im Bette mit zugezogenen Gardinen gelegen, aber nicht um sich dem Anblick der Zeugen zu entziehen, son-

14) Nachdem ich die Widerlegung der Lehrischen Gründe bereits vollendet hatte, entdecke ich in Joh. Christ. von Quistorp rechtlichen Bemerkungen, 2tem Theile, welchen nach des Verfassers Tode Ge. Wiese Leipzig 1798. 4. herausgegeben hat, **Nr. XLIX.** S. 182—185. eine Abhandlung über die Frage: ob ein Blinder bey einem mündlich ausgesprochenen Testamente Zeuge seyn könne? worin auch Lehrs Meinung widerlegt worden ist. Da jedoch von Quistorp die einzelnen Gründe des Lehrs nicht genügend geprüft hat, und daher auch wahrscheinlich von seiner Widerlegung keine Notiz genommen worden ist; so wird, wie ich hoffe, meine Mühe nicht vergeblich gewesen seyn.

15) *Pet.* Müller ad *Struvium.* Tom. II. Exercitat. XXXII. Th. X. not. *t.* pag. 649. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 22. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 445. S. 475.

16) Madihn Princ. iur. Rom. de successionib. §. 70.

dern weil das Licht seinen Augen wehe that, es konnte ihn also doch jeder Zeuge sehen, der sich seinem Bette nahete; so fällt hier der Verdacht einer Täuschung weg, und das Testament ist nicht für ungültig zu halten[17]). Es folgt daraus endlich

c) daß auch ein Testament, welches zur Nachtzeit, ohne daß das Zimmer, in welchem sich der Testirer nebst den Zeugen befand, durch Licht erhellet war, errichtet worden, nicht bloß verdächtig, sondern für nichtig zu halten sey, weil es auch hier an der Gewißheit des letzten Willens fehlt[18]). Denn kein Zeuge kann hier versichert seyn, daß der, welcher das Testament in der Dunkelheit der Nacht gemacht hat, auch wirklich derjenige gewesen sey, für den er sich ausgegeben, weil Keiner den

17) *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. von Cramer acad. Reden über die gemeine bürgerl. Rechtslehre 1. B. S. 602.

18) *Pet.* Müller ad *Struvium* Exerc. XXXII. Th. X. not. *i.* nr. II—IV. pag. 649. Stryck de caut. testam. Cap. XV. §. 39. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58. *Casp.* Manz de testam. valido et invalido. Tit. IV. Qu. V. pag. 267. sq. Höpfner Commentar. §. 445. S. 475. und Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. III. §. 476. not. 12. Herr Prof. Ritter Madihn c. l. §. 70. pag. 85. behauptet zwar, ein testamentum noctu absque luminibus confectum erwecke nur *suspicionem falsi*, quae per probationem contrarii elidi debet. Allein man sehe dagegen Theod. Hagemann's Etwas über die zur Nachtzeit, ohne Lichter, errichteten Testamente, und deren Gültigkeit; im Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeb. von Ebendemselben und Christ. Aug. Günther 1. Th. Nr. VII. S. 198—206.

Testirer gesehen hat. An sich hat es zwar keinen Zweifel, daß ein Testament auch zur Nachtzeit errichtet werden kann, wie Ulpian [19]) ausdrücklich sagt; allein schon die Notariats-Ordnung Maximilian's I. §. 24. verbietet den Notarien, daß sie nicht bey Nacht, dann allein aus ehehaftigen Nothsachen, Instrumente machen, weil solches nicht ohne Verdächtigkeit geschehe. Es sollte also auch eine so feyerliche und wichtige Handlung, als die Errichtung eines Testaments ist, nicht leicht zur Nachtzeit vorgenommen werden. Ist jedoch wirklich ein Nothfall vorhanden, so muß nur der Testirer dafür sorgen, daß das Zimmer, in welchem er sich mit den Zeugen befindet, durch Lichter gehörig, wenigstens in so weit erhellet werde, daß ihn die Zeugen vollkommen sehen und erkennen können. Daß gerade drey Lichter während der Testamentshandlung brennen müßten, wie die Alten behaupteten, ist zwar keinesweges nöthig, allein wenigstens rathsam, daß mehr als ein Licht angezündet werde [20]). Endlich müssen auch

3) die Zeugen frey und ungezwungen der Testamentshandlung beywohnen. Ulpian sagt *L.* 20. §. 10. *D. h. t.* **Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant non valere testamentum.** Hierauf deutete auch die alte Formel hin: *licetne antestari?* wie bereits oben bemerkt worden ist. Was von allen Zeugen gesagt ist, gilt auch in Ansehung eines jeden einzelnen. Es

19) *L.* 22. §. 6. *D. h. t.* Posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est.

20) *Pet.* Müller ad *Struvium.* c. l. not. *t.* nr. IV. und Wernher lectiss. Commentation. in Pandect. h. t. §. 22.

darf also kein Einziger wider seinen Willen einer Testamentshandlung als Zeuge beyzuwohnen genöthiget werden, sonst ist das ganze Testament nichtig [21]).

§. 1413. a.

Fortsetzung. Eigenschaften der Testamentszeugen.

Soviel hiernächst die Eigenschaften der Testamentszeugen betrifft; so müssen dieselben nicht nur überhaupt glaubwürdige und unbescholtene Personen seyn, sondern auch diejenigen Eigenschaften haben, welche zu einem gültigen Testamentszeugen erfordert werden. Sie müssen also 1) männlichen Geschlechts seyn. Frauenspersonen werden daher schlechterdings ausgeschlossen. Zwar scheint die Frage, ob Frauenspersonen überhaupt gültige Beweiszeugen sind, ehemals selbst nach dem römischen Rechte [22]) nicht außer Zweifel gewesen zu seyn [23]). Denn Paulus, indem er die bejahende Meinung beweisen will, bedient sich bloß eines **argumenti a contrario.** Die hierher gehörige sehr merkwürdige Stelle

21) Stryck de cautel. testam. Cap. XV. §. 34.

22) Das canonische Recht schließt sie aus. *Can.* 17. *et* 19. *C. XXIII. Qu.* 5. *Cap.* 10. *X. de Verbor. Signif.* Nam varium et mutabile testimonium semper femina producit.

23) S. *Ant.* Schulting Thes. controversar. Decad. C. §. 4. (in Ejus *Commentation. academ.* Vol. III. pag. 354.) et Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad L. 18. de testib. pag. 191. *Bern. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. V. (in *Opuscul. a* Juglero *edit.* pag. 72. sqq.) und F. C. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Rechtsmaterien. 1. Th. (Greifswald 1826. 8.) S. 207. ff.

aus deſſelben *libro II. de adulteriis*[24]) lautet folgendermaßen:

Ex eo, quod prohibet *lex Julia de adulteriis* testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere.

Ein Geſetz, welches die Frauensperſonen für fähig erklärte, vor Gericht ein Zeugniß abzulegen, war alſo zu Paulus Zeiten noch nicht vorhanden. Er nimmt daher ein Argument aus der **lex Julia de adulteriis** her. Dieſes Geſetz ſchließt Frauensperſonen von dem Rechte, vor Gericht ein Zeugniß abzulegen, aus, welche wegen eines begangenen Adulteriums zu der in dieſem Geſetz beſtimmten Strafe verurtheilt worden ſind[25]). Daraus, ſagt Paulus, ſchließt man, daß ſie der Regel nach zeugnißfähig ſind. Gerade ſo argumentirt auch Ulpian *libro I. ad Sabinum*[26]), wo es heißt:

Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit; alias autem posse testem esse mulierem,

24) *L.* 18. *D. de testibus.* S. *Jo. Guil.* Hoffmann Observation. variae s. Meletem. ad Paud. Diss. XX. §. 4.

25) S. *Jo. Guil.* Hoffmann ad Leg. Juliam de adulteriis coercendis. Cap. IV. §. 10. (in *Dan.* Fellenberg *Jurisprud. Antiqua.* Tom. I. pag. 205. sq.)

26) *L.* 20. §. 6. *D. h. t.* Ueber dieſe Geſetzſtelle hat *Jac.* Constantinaeus Subtil. Enodation. Lib. I. Cap. 26. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. IV. pag. 527. sqq.) weitläuftig commentirt, und die Gründe aus der Geſchichte der Teſtamente entwickelt, warum Frauensperſonen von der Zeugenſchaft bey Teſtamenten ausgeſchloſſen worden ſind. Man ſehe auch *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 6. J. de testam. ord. nr. 2.

argumento est *lex Julia de adulteriis*, quae adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat.

Die Zeugnißfähigkeit der Frauensperſonen ſcheint alſo mehr durch Gewohnheit, als durch ein ausdrückliches Geſetz eingeführt zu ſeyn. Doch ſind Frauensperſonen nur gültige Beweiszeugen vor Gericht, aber, wie Ulpian lehrt, keine gültigen Teſtamentszeugen. Sie können alſo zwar vor Gericht ein Zeugniß ablegen, wenn es die Nothwendigkeit der Beweisführung im Civilprozeß erfordert, um nicht dem Beweisführer die nöthigen Beweismittel zu benehmen, aber ſie können nicht zu Zeugen aufgefordert werden, wenn davon die Rede iſt, einer Handlung durch Zuziehung von Zeugen Feyerlichkeit zu geben[27]). Denn man rechnete die Stelle eines Zeugen bey feyerlichen Handlungen zu den *officia* s. *negotia civilia* et *virilia*[28]), von denen Frauensperſonen eben ſo, wie von officiis publicis, ausgeſchloſſen ſind[29]). Auch in den Inſtitutionen[30]), ja ſelbſt noch in der Notariatsordnung Maximilians I.[31]) werden daher Frauensperſonen ausgeſchloſſen. Ihnen werden Hermaphroditen gleichgeachtet, wenn bey ihnen

27) S. Pothier Pand. Justin. T. II. h. t. Nr. XXVIII. not. c. pag. 177.

28) Seneca *Epist.* 8. nr. 5. S. *Ant.* Schulting ad *Ulpiani Fragm. Tit. XX.* §. 7. in Jurispr. vet. Antejustin. pag. 628. Not. 23.

29) *L.* 2. *D. de div. Reg. iuris. L.* 1. §. 1. *L.* 2. §. 1. *D. ad SCtum Vellejan.*

30) §. 6. *J. de testam. ordin.*

31) Cöln 1512. Tit. I. von Teſtamenten. §. 6.

die Kennzeichen des weiblichen Geschlechts prävaliren[32]), oder, wie sich die Notariatsordnung[33]) ausdrückt, wenn sie in dem fräulichen Gemächt fürtreffen.

2) Die Testamentszeugen müssen mündig seyn, d. h. wie die Notariatsordnung[34]) sagt, über vierzehen Jahr alt seyn. Unmündige, sey es auch immerhin noch zweifelhaft, ob sie überhaupt fähig sind ein Zeugniß abzulegen[35]), sind daher wenigstens bey Testamenten ganz unfähig Zeugen zu seyn[36]). Auch beym **testamento per aes et libram** waren Unmündige eben so, wie Frauenspersonen, vom Zeugniß ausgeschlossen. Ulpian[37]) sagt: ***Pupillus*, femina, neque familiae emtor esse, neque testis, libripensve fieri potest.** Aus dieser ehemaligen Testirart müssen noch jetzt größtentheils die Eigenschaften der Zeugen erklärt werden, wo sie nicht schon aus der Natur der Testamentshandlung sich von selbst ergeben[38]).

3) Testamentszeugen können nur diejenigen seyn, welche zu Erben eingesetzt werden können. Justinian[39])

32) *L.* 10. *D. de statu homin. L.* 15. §. 1. *D. de testib.* S. jedoch den 2. Th. dieses Commentars. §. 117. a. S. 118. f.

33) Tit. I. von Testamenten. §. 6.

34) A. a. O. §. 7.

35) S. Gesterding Ausbeute. 1. Th. Nr. VII. 6. S. 196. ff.

36) §. 6. *J. de testam. ord.* Sed neque mulier, neque *impubes* — possunt in numero testium adhiberi.

37) *Fragm. Tit. XX.* §. 7.

38) S. Trekell Tr. de orig. et progress. testamenti fact. Cap. III. §. 69.

39) §. 6. *J. de testam. ord.*

sagt: **Testes autem adhiberi possunt ii, *cum quibus testamenti factio est.*** Auch dieses Erforderniß schreibt sich vom **testamentum per aes et libram** her. Ulpian sagt: **et non minus quam quinque testes, *cum quibus testamenti factio est.*** Was soll dieß aber heißen? Theophilus in seiner griechischen Paraphrase hat dieses so erklärt: *ὅι τινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται κληρονόμοι, γράφεσθαι καὶ γράφειν ἡμᾶς;* **i. e. *qui a nobis heredes institui, et nos instituere possunt.*** Ganz dieser Erklärung gemäß, heißt es daher in der Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 6. **a contrario.** „Denn viel seynd in Rechten zu solcher Zeugniß verboten, als gemeiniglich alle die, so selbst nicht mögen von Recht Testament machen, oder aus Testament etwas empfahen.“ Allein die active Testamentifaction kann wohl in unserm Text nicht gemeint seyn. Denn von dieser wird jener Ausdruck nicht gebraucht, hier sagen die Gesetze **testamenti factionem habere**[40]). Von denen hingegen, welche aus Testamenten erben, also zu Erben eingesetzt werden können, sagen die Gesetze, **cum iis est testamenti factio**[41]). Nur von dieser passiven Testamentifaction ist hier die Rede, wie auch Vinnius[42]), Trekell[43]), Walch[44])

40) *L.* 4. *L.* 8. *in fin.* *L.* 18. *pr.* *L.* 19. *D. h. t.* *L.* 1. §. 8. *D. de bon. poss. sec. tabb.* (XXXVII. 11.)

41) §. 2. *J. de hered. instit.* (II. 14.) §. 4. *J. de hered. qualit. et differ.* (II. 19.) §. 24. *J. de legat.* (II. 20.) *L.* 31. *pr.* *L.* 49. §. 1. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.)

42) Comment. ad §. 6. J. de testam. ord. nr. 1.

43) Cit. loc. §. LXX. pag. 224.

44) Ad *Hoppii* Commentat. in Institut. Justin. ad §. 6. de testam. ord. not. a. pag. 395.

und Westphal[45]) richtig bemerkt haben. Von dieser erklärt auch die Glosse unsern Text. Daher kann ein **filiusfamilias** Zeuge bey einem Testamente seyn, ob er gleich selbst nicht testiren kann[46]). So sagt ferner Ulpian[47]): **Latinus Junianus et familiae emtor, et *testis*, et libripens fieri potest: *quoniam cum eo testamenti factio est;*** und nachher[48]) heißt es: **Latinus Junianus — testamentum facere non potest, — quoniam nominatim lege Junia prohibitus est.** So richtig nun auch die Folge ist, daß derjenige, welcher nicht erbfähig ist, auch bey einem Testamente nicht Zeuge seyn könne; so unrichtig würde dagegen der Schluß seyn, daß ein Jeder, welcher erbfähig ist, auch ein gültiger Testamentszeuge sey. Denn so können zwar Frauenspersonen, Unmündige, Taube, Stumme, auch gerichtlich erklärte Verschwender zu Erben eingesetzt werden, aber sie sind doch deswegen keine gültigen Testamentszeugen. Daher schließt sie Justinian namentlich aus. Nach der Erklärung, welche die Notariatsordnung von unserer Stelle gemacht hat, scheint es jedoch, daß auch der nicht Zeuge seyn könne, welcher keine active Testamentifaction hat. Denn es heißt daselbst: „alle die, so selbst nicht mögen von Recht Testament machen." Claproth[49]) behaup-

45) Theorie des R. Rechts von Testamenten. §. 184.

46) §. 8. *J. de testam. ord. Pr. J. Quib. non est perm. fac. testam.*

47) *Fragm. Tit. XX.* §. 8.

48) *Ibid.* §. 14. Aus diesem Grunde hat auch *Em.* Merillius in Commentar. ad §. 6. J. de testam. ord. pag. 173. den Theophilus getadelt.

49) Abh. von Testamenten. §. 23. Not. f. S. 124.

tet dieses auch wirklich, welcher den Satz aufstellt, daß nur derjenige Testamentszeuge seyn könne, welcher das Recht hat, ein Testament zu machen.

4) Die Zeugen müssen ferner freye Personen seyn. Sclaven konnten daher bey den Testamenten der römischen Bürger nicht Zeugen seyn, welche überhaupt **ad solennia** nicht gebraucht werden konnten, wie Ulpian[50]) sagt, **cum juris civilis communionem (servus) non habeat in totum, ne praetorii quidem edicti**[51]). Auch nach der Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 7. sollen die Zeugen von der Leibeigenschaft frey seyn. Leibeigne sind daher auch nach dem deutschen Rechte keine gültigen Testamentszeugen. Jedoch will man die Vorschrift der Notariatsordnung so verstehen, daß Leibeigne zwar nicht beym Testamente ihres Leibherrn, oder einer andern freyen Person, wohl aber bey Testamenten von Personen ihres Standes Zeugen seyn können, sofern es ihnen gestattet ist, ein Testament zu machen[52]). Vielleicht dürfte aber überhaupt die Anwendung dieser Vorschrift auf die heutige Verfassung noch vielen Zweifeln unterworfen seyn. Denn es scheint hier ein Mißverstand des röm. Rechts zum Grunde zu liegen. Der Grund des röm. Rechts, warum Sclaven keine gültige Testamentszeugen seyn konnten, paßt nicht auf sie. Denn in Bezug auf den Staat hat

50) *L.* 20. §. 7. *D. h. t.*

51) Westphal von Testamenten §. 187. erklärt diese letztern Worte vom prätorischen Testamente.

52) S. *Sam.* Stryck Us. mod. Pandect. h. t. §. 17. und de cautel. testamentor. Cap. XV. §. 20. auch Madihn Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 68. pag. 80. et not. d. pag. 81.

der deutsche Leibeigene alle allgemeine Bürgerrechte. Er ist völlig erwerbsfähig, und das Recht der activen und passiven Testamentifaction kann ihm nicht abgesprochen werden, so fern es nicht durch die besondern Eigenthumsordnungen und Landesgesetze beschränkt ist [53]). Aus diesem Grunde soll auch die Praxis das Gesetz nie befolgen [54]). Ob es aber auch rathsam sey, überlasse ich dem Ermessen der Practiker [55])?

5) Die Zeugen müssen ferner nicht nur den Gebrauch ihres Verstandes, sondern auch die nöthigen Sinne und Organe haben, um sowohl das, was vorgeht, sehen und hören, als auch das, was sie gesehen und gehört haben, wieder aussagen, und überhaupt ihren Pflichten, als Testamentszeugen, ein Genüge leisten zu können. Unfähig sind daher a) die Wahnsinnigen, außer wenn sie freye oder helle Zwischenzeiten (**lucida intervalla**) haben, zu solchen Zeiten können sie zu Testamenten als gültige Zeugen gebraucht werden. Ulpian sagt ***L.* 20. §. 4. *D. h. t.*** **Ne *furiosus* qui-**

53) S. Mittermaier's Grundsf. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 79. S. 170. der 3. Ausg. (Landshut. 1827. 8.) und Carl Fried. Eichhorn's Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 71. S. 213. der 3. Ausg. (Göttingen 1829. 8.)

54) S. ***Aug. de* Balthasar de hominibus propriis eorumque iure. edit. II. *Gryphiswald.* 1779. 4. P. III. Cap. II. §. 6. pag. 240.** von Cramer Wetzlarische Nebenstunden. Th. 2. Nr. II. S. 21. f. und Just. Fried. Runde Grdsf. des gemein. deutschen Privatrechts. §. 552. a. E. S. 549. der 8. Aufl. herausgegeben von Christ. Ludw. Runde. Göttingen 1820. 8.

55) S. Claproth von Testamenten a. a. O.

dem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit; sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest. Den Wahnsinnigen stehen auch hier gerichtlich erklärte Verschwender gleich[56]). Ulpian sagt *libro I. ad Sabinum*[57]): **Is, *cui lege bonis interdictum est*, testamentum facere non potest. — *Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit*, cum neque testamenti factionem habeat.** Der Grund, den Ulpian hier anführt, ist eigentlich nicht richtig, wie auch schon Trekell[58]) bemerkt hat. Denn es kommt ja bey einem Testamentszeugen nicht gerade darauf an, daß er auch müsse testamentsfähig seyn. Der wahre Grund ist vielmehr vom **testamento per aes et libram** abzuleiten, welches durch Mancipation geschahe. Dieser Handlung konnte Niemand beywohnen, **cui commercium erat interdictum.** Eben deswegen konnte auch der **prodigus** nicht testiren, wie Ulpian[59]) sagt. Justinian gedenkt auch unter den unfähigen Testaments-Zeugen desjenigen, **cui bonis interdictum est**, ausdrücklich. Eben so b) die Blinden, ohne Unterschied, das Testament mag schriftlich oder mündlich errichtet werden, wie oben ausgeführt worden ist. Sie werden zwar in den Institutionen §. 6. *te testam. ord.* nicht ausdücklich genannt, sie sind aber wohl nur aus Versehen nicht erwähnt worden[60]). Ihre Ausschlie-

56) S. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 476. pag. 72.

57) *L.* 18. *pr. D. h. t.*

58) Tr. de orig. et progr. testam. fact. Cap. III. §. 71. nr. 4. pag. 226.

59) *Fragm. Tit. XX.* §. 13.

60) Eben dieses meint auch mein verehrtester College, Herr

ßung versteht sich auch aus den oben angeführten Gründen schon von selbst. Nicht minder c) die Tauben, und Stummen. Sie waren nicht nur beym Testamente **per aes et libram** ausgeschlossen, wie Ulpian[61]) sagt: ***mutus, surdus, — neque familiae emptor esse, neque testis, libripensve fieri potest;*** sondern sie werden auch in den Institutionen §. **6.** ***de testam. ord.*** ausdrücklich in den Worten: **neque furiosus,** ***neque mutus, neque surdus,*** **— possunt in numero testium adhiberi,** für unfähig erklärt. Einige Rechtsgelehrten[62]) wollen zwar die Tauben nur bey mündlichen Testamenten ausschließen, bey schriftlichen Testamenten hingegen lassen sie dieselben als gültige Zeugen zu, weil bey einem schriftlichen Testamente die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht zu wissen brauchten, sondern nur erfordert werde, daß der Testator in ihrer Gegenwart erkläre, daß dieses sein Testament sey, welches er ihnen zur Unterschrift und Besiegelung vorlege; dazu werde aber kein Gehör erfordert, weil hier der Taube schon aus der Handlung des Testators abnehmen könne, was er dabey zu thun habe. Deswegen brauchten die Zeugen auch bey einem schriftlichen Testamente die Sprache des Testirers nicht zu verstehen, wie Ulpian[63]) sage.

Hofr. Bucher im System der Pandecten §. 387. Not. 2. S. 520. der 3. Ausg.

61) ***Frag. c. l.*** §. 7.

62) ***Car. Frid.*** Walch **Introd. in controvers. iur. civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 10. pag. 299.** Ihm ist Valett im Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 965. gefolgt.

63) ***L.*** 20. §. 9. ***D. h. t.***

Ob nun Jemand nicht hören kann, oder das, was er hört, nicht versteht, sey gleichviel. Allein diese Gründe sind nicht überzeugend. Ein Tauber war schon vor Justinian kein gültiger Testamentszeuge, obgleich sowohl das **testamentum per aes et libram**, als das **testamentum praetorium** ein schriftliches Testament war. Aber auch Justinian hat das ältere Recht in seinen Institutionen nicht geändert. Gerade da, wo er sagt, daß Stumme und Taube zu Testamentszeugen nicht gebraucht werden können, handelt er von schriftlichen Testamenten. Dieses erhellet ganz deutlich aus §. 14. *J. de testam. ord.* wo es heißt: **Sed haec quidem de testamentis,** ***quae in scriptis conficiuntur.*** Daß dieses aber sich auf alles Vorhergehende bis dahin Gesagte, und also auch sich auf die Vorschrift des §. 6. *h. t.* beziehe, sagt noch deutlicher Theophilus in seiner Paraphrase des §. 14. wenn er sich daselbst so ausdrückt:

Ταῦτα δὲ πάντα περὶ τῶν ἐγγράφων δεῖ νοεῖσθαι διαθηκῶν **i. e.** ***Haec autem*** **OMNIA** ***de*** **SCRIPTIS** ***intelligi oportet*** **TESTAMENTIS.**

Erst im §. 14. wird die Lehre von mündlichen Testamenten vorgetragen, wie die folgenden Worte: **Si quis autem** ***sine scriptis*** **voluerit ordinare iure civili testamentum etc.**, außer allen Zweifel setzen.

In der Notariatsordnung wird der Tauben und Stummen unter den ungültigen Testamentszeugen eben so wenig gedacht, als der Wahnsinnigen und Blinden. Sollten sie etwa durch dieses Stillschweigen für gültig erklärt seyn? Wer möchte das behaupten? Da die Notarien überhaupt angewiesen sind, wenn sie bey

Errichtung von Testamenten gebraucht werden, genau darauf zu sehen, Wen, oder was Leut sie zu Zeugen darzu nehmen, denn viel sind in Rechten zu solchen Zeugniß verboten; so dürfen sie auch keine Zeugen zulassen, welche das röm. Recht ausschließt. Das römische Recht kommt hier um so mehr zur Anwendung, als dieses überhaupt bey Testamenten zur Norm dienen soll. Es wird daher §. 6. a. E. sogar gerathen, „daß zu Zeiten über die nothdürftige Anzahl der Zeugen andre mehr darzu für Zeugen genommen, und gebeten werden, damit, ob der anderen etliche von Recht darzu verworfen erfunden, das Testament dardurch nicht zu Unkräften kommen möge." Man wundere sich also auch nicht, daß der Blinden im §. 6. *J. de testam. ord.* nicht gedacht worden ist. Daraus läßt sich demnach eben so wenig folgern, daß sie gültige Testamentszeugen sind, weil ihre Zulassung mit andern bestimmten Verordnungen des römischen Rechts in offenbarem Widerspruche stehen würde.

6) Die Testamentszeugen dürfen auch keine solche Personen seyn, welche die Gesetze auf eine schimpfliche Weise für unwürdige Bürger erklärt, und ihnen damit zugleich zur Strafe die Fähigkeit etwas als Bürger durch ihr Zeugniß zu bekräftigen, oder durch Anderer Zeugniß bekräftigt zu erhalten, entzogen haben. Justinian sagt §. 6. *J. h. t.* **neque ii, *quos leges iubent improbos intestabilesque esse*, possunt in numero testium adhiberi.** Ich habe diese Stelle schon an einem andern Orte[64]) erklärt. Als solche **intestabiles** schließen die Gesetze aus,

64) S. den 33. Th. §. 1404. S. 350. ff. Man vergleiche jedoch noch Dernburgs Beyträge zur Gesch. der röm. Testa-

a) die wegen eines Ehebruchs verurtheilt worden sind. Hierher gehört die Stelle aus Papinians *libro singulari de adulteriis*[65]).

Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit *adulterii damnatus?* Et sane iuste[66]) testimonii officio ei interdicitur[67]). Existimo ergo, neque iure civili testamentum valere, ad quod huiusmodi testis processit, neque iure praetorio, quod ius civile subsequitur, ut neque hereditas adiri, neque bonorum possessio dari possit.

In der **Lex Julia de adulteriis coercendis** hieß es nämlich: ***Qui adulterium fecerit sciens dolo malo, in insulam relegator, dimidia bonorum***

mente. §. 3. S. 21. f. Marezoll über die bürgerliche Ehre. S. 85. ff. und die Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft, 5. Bd. (Stuttgart 1729.) S. 255. f.

65) *L.* 14. *D. de testibus.* Was *adulterium* im röm. Rechte bedeute, und wie davon der Begriff des canonischen Rechts unterschieden sey, ist schon im 23. Th. §. 1216. und im 24. Th. S. 1. und folgenden vorgekommen.

66) Herr Obertrib. Rath **Schrader** ad Tit. Digestor. de testibus (*Tüb.* 1809. 8.) pag. 56. not. c. hält das Wort *iuste* für eine beygefügte Glosse, wenn es auch gleich die florentinische und alle andere Ausgaben haben, weil es nicht Sitte der röm. Juristen gewesen sey, die Gerechtigkeit eines Gesetzes zu empfehlen. Er hat es daher in seiner Ausgabe weggelassen, quia lex Julia de adulteriis adulterii damnato testimonii officio interdixit.

67) Der Lesart *interdicitur* statt interdicetur, wie die Florentine liest, giebt auch H. D. T. R. **Schrader** c. l. not. e. den Vorzug.

eius pars publicator, TESTIMONII DICTIO EI NE ESTO [68]). Es entstand daher die Frage, ob die dem Ehebrecher hier zur Strafe entzogene Zeugnißfähigkeit sich bloß auf die Unfähigkeit ein Zeugniß vor Gericht abzulegen beschränke, oder ob ein **adulter** auch nicht bey einem Testamente als Zeuge gebraucht werden könne? Die **Lex Julia** hatte dieses nicht deutlich bestimmt, daher war es streitig. Papinian behauptet nun hier auch das letztere, und hält ein solches Testament sowohl nach dem Civil- als Prätorischen Rechte für schlechterdings ungültig, wobey ein **adulterii damnatus** als Zeuge mit gebraucht worden ist [69]). Also um dieses einzigen untüchtigen Zeugens willen ist das ganze Testament ungültig, und gilt auch nicht einmal nach dem prätorischen Rechte. Wie viel kommt also nicht bey Testamenten auch nur auf einen einzigen Zeugen an? Ein Beleg zu dem oben so oft eingeprägten Ausspruche Justinian's: **Cum res *per testium solennitatem* ostenditur: tunc et *numerus testium* et NIMIA SUBTILITAS requirenda est.**

b) Die wegen des Verbrechens der Bestechung (**lege repetundarum**) verurtheilt worden sind [70]). In einer Stelle aus des Paulus *libro III.*

68) S. *Jo. Guil.* HOFFMANN ad legem Juliam de adulteriis coercend. libr. sing. Cap. IV. §. 8. (in *Dan.* FELLENBERG *Jurispr. antiqua.* Tom. I. pag. 200. sqq.)

69) HOFFMANN cit. loc. §. 9. pag. 203.

70) *L.* 3. *D. de lege Julia repetundar.* (XLVIII. 11.) MACER *libro I. Publicorum* Lege *Julia* repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit. Das römische crimen repetundarum scheint jedoch von größerem Umfange gewesen zu seyn, als

Sententiarum, es ist die *L.* 15. *D. eodem.* wird ganz bestimmt gesagt:

***Repetundarum damnatus* nec ad testamentum, nec ad testimonium adhiberi potest.**

Diesem Ausspruche des Paulus scheint nun aber Ulpian geradezu zu widersprechen, wenn er in der aus desselben *libro I. ad Sabinum*[71]) genommenen Stelle sagt:

Eum, qui *lege repetundarum* damnatus est, *ad testamentum adhiberi posse existimo*, quoniam in iudicium testis esse vetatur.

Dieß ist die Florentinische Lesart, allein Haloander, Baudoza, Merlin, Hugo a Porta, Miräus, und fast alle übrigen Ausgaben, wie Brenkmann bemerkt, auch die neueste Ausgabe von Beck, lesen **adhiberi *non* posse**, und Accursius bemerkt in seiner Glosse zu dieser Gesetzstelle, daß auch schon Azo in seiner Handschrift das **non**, welches die Pisanische nicht hat, gesetzt habe. Dieser Meinung sind auch seit Cujaz[72]) die meisten neuern Rechtsgelehrten[73]) beygetre-

das heutige Verbrechen der Bestechung. Es begriff nicht nur das unerlaubte Geschenkannehmen der römischen Magisträte und Richter, sondern auch Erpressungen, und überhaupt alle Mißhandlungen, welche sich die Habsucht oder die Tyranney der röm. Staatsbeamten über die Unterthanen erlaubte. S. des H. Geheim. Staatsraths u. Präsidenten Ritter von Feuerbach Themis. (Landshut 1812. 8.) Nr. IV. S. 197. und Desselben Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 477. ff. (der 10. Ausg. Giessen 1828.)

71) *L.* 20. §. 5. *D. h. t.*

72) Comm. ad L. 20. §. 5. D. h. t. (in *Opp. ab ipso auctore recognit. Hannoviae* 1602. f. pag. 211.)

73) *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 7.

ten, welche diese Einschaltung für das einzige Mittel halten, beyde Stellen mit einander zu vereinigen. Lud. Charondas, der auch die negative Lesart für die richtige hält, bemerkt, daß die treffliche Handschrift, deren er sich bey seiner Ausgabe der Pandecten bedient hat, der codex manuscr. *Stephani Auredani* Veneti [74]), deren Werth er in der Vorrede zu seiner Ausgabe des Codex so vorzüglich rühmt, eben so lese. Allein Jac. Gothofredus [75]) vertheidigte zuerst gegen Cujaz die florentinische Lesart. Er meint Ulpian sey wirklich anderer Meinung gewesen. Daß Ulpian absichtlich vom Paulus abgewichen sey, gebe schon sein *existimo* deutlich zu erkennen. Offenbar unterscheide Ulpian zwischen einem gerichtlichen Beweiszeugniß, und einem

§. 15. (Vol. III. pag. 316. sq. edit. noviss. *Norimberg.*) *Franc.* Duarenus Commentar. ad h. Tit. Pand. Cap. VI. (*Opp.* pag. 325.) *Franc.* Hotomanus Observation. Lib. I. Cap. 20. (al. 21.) *Valent. Guil.* Forster de interpretat. iuris Lib. I. Cap. 2. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 960. sq.) *Ell*, Leoninus Emendation. Lib. III. Cap. 13. *Jan. Vincent.* Gravina Origin. iur. civ. Lib. III. cap. 94. p. m. 700. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exercit. XXXVIII. §. 44. *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7. pag. 220. *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 112. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXIX. not. f. Ernst Christ. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 199. (190.) S. 136. f. u. a.

74) S. meine Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts. §. 76. S. 320.

75) Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. ad Leg. Juliam repetundar. Tom. III. Lib. IX. Tit. 27. pag. 232. edit. *Ritter.*

bloßen Testamentszeugniß. Nur vom erstern habe die **Lex Julia** den **repetundarum damnatum** ausgeschlossen. Venulejus Saturninus sage *L.* **6. §. 1.** *D. de lege Julia repetundarum* ausdrücklich: **Hac lege damnatus testimonium PUBLICE dicere — prohibetur.** Der Verbrecher sey also hiermit nicht auch zugleich von einem außergerichtlichen Zeugniß ausgeschlossen worden. Aus diesem Grunde habe denn Ulpian gemeint, ein **repetundarum damnatus** könne wenigstens zu einem Testamente als Zeuge gebraucht werden, wenn er auch vor Gericht kein gültiger Beweiszeuge sey. Gothofredus giebt ihm auch Recht. Denn der **repetundarum damnatus** werde ja nirgends für infam erklärt, und die gesetzliche Strafe, die ohnehin schon hart genug sey, dürfe nicht ausgedehnt werden. Dem Jacob. Gothofredus trat Anton Schulting[76]) bey. Paulus und Ulpianus, sagt er, seyen ganz verschiedener Meinung gewesen. Dieß lehre der Scholiast der Basiliken[77]). Dieser führe den Ulpian als hier vom Paulus abweichend an. Paulus, der den **repetundarum damnatum** in die Classe der unfähigen Testamentszeugen setzt, habe von der Unfähigkeit zum gerichtlichen Zeugniß auf das testamentarische argumentirt. Ulpian hingegen habe diesen Schluß nicht wollen gelten lassen, und zwar, wie aus dem beygefügten Grunde erhelle, darum, weil die **Lex Julia repetundarum** den Verbrecher nur für unfähig erkläre, ein gerichtliches Zeugniß abzulegen.

76) **Ad Pauli Sentent. Recept. Lib. III. Tit. IV. A. not. 44. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 344.) und Dessel-ben Thes. controvers. Decad. C. §. 7.**

77) **Lib. XXI. Tit. 1. pag. 554. Sch. o. et pag. 555. Sch. p. Tom. II. *Fabroti.***

Ulpian habe also gemeint, er könne zur Errichtung eines Privattestaments wohl als Zeuge genommen werden. Ihm folgten nun Schaaren von Rechtsgelehrten, welche aus Religiosität und Ehrfurcht für das hohe Alter der Florentine sich ein Gewissen machten, von dem Buchstaben desselben abzuweichen [78]). Siegm. Reichard Jauch [79]) weiß uns sogar den Grund zu sagen, warum die Compilatoren der Pandecten einer jeden Stelle den Platz angewiesen haben, den sie in den Pandecten einnehmen. Nämlich die Stelle des Paulus schalteten sie dem Titel *de Testibus* ein, und nahmen auf diese Weise bey ihr hauptsächlich nur auf dasjenige Rücksicht, was dieselbe in Beziehung auf die Unfähigkeit zur Ablegung eines gerichtlichen Zeugnisses enthält; dem Ausspruche des Ulpians aber wiesen sie

78) *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Libr. XXII. Tit. 5. §. *Quaerentibus.* in fin. *Opp.* Tom. II. pag. 479. *Jo. Guil.* Marckart Probabil. receptar. Lection. iuris civ. P. I. p. 22. sqq. (*Trajecti ad Rhen.* 1737. 8.) *Theod. Jo. Alex.* Pagenstecher Specim. de violent. emendation. in iure civ. non admittend. Cap. III. pag. 110. *Anonymus* Consideration. Gravinae *Opuscul.* praemissae pag. 14. (edit. *Lips.*) *P. J. de* Fremery Specim. de rationibus Veter. ICtorum Cap. I. §. 8. pag. 28. sq. und Christ. Heinr. Gottl. Köchy Erklärung der L. 20. §. 5. D. Qui testam. fac. poss. und L. 15. pr. D. de testib. nach dem florentinischen Codex; in Desselben civilist. Erörterungen 1. Samml. (Leipzig 1797. 8.) Nr. IV. S. 132—141. Auch ich war ehemals dieser Meinung. S. meine Opuscula Fasc. I. pag. 140. sqq.

79) Meditation. criticae de Negationibus Pandectis Florentinis partim recte vel male iam adiectis, aut detractis vel circumscriptis. (*Amstelaed.* 1728. 8.) Cap. XIII. nr. 19. pag. 176.

in dem Titel *Qui testamenta facere possunt* seinen Platz an, und billigten daher die Meinung dieses Rechtsgelehrten mehr in Ansehung der Zeugnißfähigkeit bey Testamenten. Und Marckart[80]) sagt dazu: **elegans est JAUCHII modo laudati observatio.** Nach diesen allen hat man doch noch einige neue Versuche gemacht zu zeigen, daß auch ohne Emendation Paulus und Ulpian einverstanden wären. Sie sind bisher noch nicht genennt worden. Andr. Florens Rivinus[81]), ehemals eine Zierde der Wittemberger Universität, und gewiß kein gemeiner Rechtsgelehrter, ist auf die Gedanken gerathen, Ulpian habe an seinem Orte eine Frage entschieden, welche von der des Paulus ganz verschieden sey. Man müsse nämlich vor allen Dingen bemerken, daß Jemand auf zweyerley Art könne **ad testamentum adhiberi**, entweder als Zeuge, oder als Schreiber des Testaments[82]). Beyde Rechtsgelehrten seyen nun darin einverstanden, daß ein **repetundarum lege damnatus** weder zu einem Testamente, noch im Gericht als Zeuge zugelassen werden könne; daß er aber zum Dienste des Testators könne gebraucht werden, und ein Testament, von seiner Hand geschrieben, nicht ungültig sey, sey außer Zweifel. Von diesem Falle sey Ulpian zu verstehen, und so verschwinde aller Widerspruch. Denn ein **intestabilis** sey sowohl bey Testa-

80) **Cit. loc. pag. 25.**

81) **Progr. sub tit.: In concordiam rediguntur PAULUS in *L.* 15. *D. testib.* et ULPIANUS in *L.* 20. §. 5. *D. qui testam. fac. poss.* adj. *Franc. Frid.* BELLMANNI Diss. de benigna ICtorum interpretatione, sub Eius praesid. def. *Vitembergae* 1752. 4.**

82) Rivinus citirt hier **PLINIUS *Lib. II. Epist.* 20.**

menten, als in den Gerichten ein ungültiger Zeuge. Dieß hindere aber nicht, daß er das Testament schreiben, und dazu vom Testator gebraucht werden könne, und diese Meinung habe Justinian gebilliget. So z. B. sey ein Sclave weder ein gültiger Zeuge im Gericht, noch bey Errichtung eines Testaments [83]); es sey ihm aber nicht verboten, das Testament seines Herrn auf dessen Befehl zu schreiben [84]). Denn die Sclaven wären gewöhnlich die **amanuenses** ihrer Herren gewesen [85]). Scharfsinnig ist wohl dieser Vereinigungsversuch, ob aber auch den Regeln der Interpretation gemäß? Wer möchte darauf rathen, daß Ulpian, welcher, wie der ganze Zusammenhang lehrt, und er auch selbst *L.* **20.** §. **3.** *h. t.* sagt, *de perhibendis*, oder wie andere [86]) vielleicht richtiger lesen, *de prohibendis in testamento testimoniis* handelt, in dem §. 5. bey dem, **qui lege repetundarum damnatus est**, nicht mehr an das Testamentszeugniß, sondern an die Testamentsschreiberey

83) Terentius *Phorm. Act. II. Scen. I. v.* 62. *sq.*

Servum hominem causam orare leges non sinunt:
Nec testimonii dictio est.

Add. Seneca *Controversiar. Lib. II. Controv. I.* und *L.* 20. §. 7. *D. h. t.*

84) *L.* 28. *D. h. t.*

85) Suetonius in Aug. Cap. 67. et Pignorius de servis. pag. 109.

86) So lesen Haloander, Merlinus, Baudoza, und am neuesten auch Joh. Ludw. Wilh. Beck. Die Lesart *prohibendis* billigen auch *Rad.* Fornerius Rer. Quotidianar. Lib. II. cap. 3. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 163.) und Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXX. not. l. pag. 176. Man vergleiche indessen *Ant.* Schulting ad *Ulpian.* Tit. XX §. 9. not. 31. pag. 629.

gedacht habe? Dann aber lehrt ja Papinian *L.* 14. ***D. de testib.*** beym **adulterii damnato**, daß die Frage nicht außer Zweifel gewesen sey, ob derjenige, welchen das Gesetz für unfähig erklärt, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen, auch **eo ipso** nicht bey einem Testamente als Zeuge zuzulassen sey? Denn wie hätte sonst darüber gestritten werden können, wie doch die Worte: **Scio quidem tractatum esse**, beweisen? Einen andern Versuch machte der treffliche Gröningische Professor, Johann Cannegieter [87]). Er beweist, daß Ulpian mit Paulus einerley Meinung gewesen sey; denn dem Ulpian eines solchen **erroris inexcusabilis, supini, et iuris rationi plane adversi**, als die florentinische Lesart zu verrathen scheint, für fähig zu halten, sey Versündigung an den Manen dieses **praestantissimi Jureconsulti.** Gleichwohl sey es ein sehr unglücklicher Versuch gewesen, um beyde Rechtsgelehrten mit einander zu vereinigen, die Lesart durch ***non*** **posse** zu verbessern. Das **non** habe schon im Text gestanden, nur nicht an dem Orte, wo man es einschalten will. Denn davon, daß es daselbst gestanden habe, sey keine Spur zu finden. Das **non** sey durch Unbekanntschaft der Abschreiber mit der abgekürzten Schreibart der Alten verschwunden, lasse sich aber restituiren. Er glaubt, es sey folgendermaßen geschrieben gewesen; *ad testamentu — n adhiberi posse*, das heiße: **ad testamentum non adhiberi etc.** Das **N.** für *non*, und den Buchstaben **M.** mit einer kleinen

87) *Domitii Ulpiani* fragmenta libri singular. Regularum et incerti auctoris collatio Legg. Mosaicar. et Romanar. quibus notas adjecit *Jo.* Cannegieter (*Lugd. Batavor.* 1774. 4.) ad *Ulpian.* Tit. V. §. 10. (9.) pag. 32. sq.

Linie zu bezeichnen, sey bey den Alten eine ganz bekannte Sache[88]). Dafür hätten unkundige, oder nicht genugsam aufmerksame Abschreiber aus einem leicht zu entschuldigenden Irrthum **testamentum** gesetzt.

Ich bin nun auch überzeugt, daß Ulpian keine vom Paulus abweichende Meinung habe behaupten wollen. Das Wort **existimo** giebt keinen Beweis dafür, sondern erklärt sich eben so, wie das **existimo** des Papinianus in der oben vorgekommenen *L.* **14.** *D. de testib.* Es mag wohl auch hier anfangs unter den römischen Rechtsgelehrten zweifelhaft gewesen seyn, ob **ein repetundarum damnatus** bey Errichtung eines Testaments als Zeuge zuzulassen sey, so wie es nach der angeführten *L.* **14.** bey einem **adulterii damnato** streitig war. Denn auch die **Lex Julia repetundarum** verbot dem nach diesem Gesetz verurtheilten Verbrecher, so wie die **Lex Julia de adulteriis coercendis** dem verurtheilten Uebertreter dieses Gesetzes, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen. Venulejus Saturninus sagt *L.* **6.** §. **1.** *D. de lege Julia repetundarum* **(XLVIII. 11.)**

Hac lege damnatus testimonium publice dicere, aut iudex esse, postulareve prohibetur.

Da mag es denn freylich wohl einige Juristen ge-

88) Wegen dessen, was von dem Buchstaben M. gesagt worden ist, wird sich auf Arntzenius *ad Catonem Lib. I. dist.* 12. *et* 39. und Brenkmanni Histor. Pand. Lib. II. Cap. 2. pag. 109. et pag. 123. sq. in fine vocum, und daß dieser Buchstabe von den Alten öfters weggelassen worden, zum Beweise auf seines Vaters Diss. ad *Avianum* pag. 305. sq. und Branchu Observat. ad ius Rom. P. 1. pag. 234. berufen.

geben haben, welche, um ein Testament bey Kräften zu erhalten, mit den Worten: **testimonium *publice* dicere**, schikanirt haben. Allein weit entfernt, daß auch der große Ulpian dieser Schikane gehuldigt, und Justinian einer solchen verwerflichen Meinung, wenn Ulpian deren fähig gewesen wäre, den Stempel der Gesetzlichkeit aufgedrückt haben sollte. Nein! gerade sein ***existimo*** zeigt an, daß er, so wie Paulus, der entgegengesetzten Meinung war. Der Grund, den Ulpian anführt, ***quoniam in iudicio testis esse vetatur***, läßt uns gar nicht daran zweifeln. Die **Lex Julia** hatte den **repetundarum damnatum** ausdrücklich für unfähig erklärt, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen, welcher Schluß war nun wohl natürlicher und vernünftiger, als der: kann ein solcher Verbrecher kein gültiges Zeugniß vor Gericht ablegen, so kann er noch weniger ein gültiger Testamentszeuge seyn, weil man es bey Testamentszeugen viel genauer nimmt, als bey gemeinen Beweiszeugen? Sagten uns nicht oben Paulus und Ulpian, Frauenspersonen könnten zwar im Gericht ein gültiges Zeugniß ablegen, allein zu Testamenten seyen sie nicht als Zeugen zuzulassen? Eine Folge des schon öfters eingeprägten merkwürdigen Ausspruchs des Kaisers Justinian[89]): **Cum res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et *nimia subtilitas* requirenda est.** Wollte man hingegen annehmen, Ulpian habe hier wirklich den Schluß von der Unfähigkeit zum gerichtlichen Zeugniß auf die Unfähigkeit bey Testamenten als Zeuge zugezogen zu werden, nicht wollen gelten lassen, welcher Unsinn würde nicht in seinem Ausspruche liegen, so wie er nach der florentinischen Lesart ausge-

89) *L.* 32. *C. de fideicomm.*

drückt ist? Ulpian würde also gesagt haben: Wer wegen des Verbrechens der Bestechung in die gesetzliche Strafe verurtheilt worden ist, kann nach meiner Meinung bey einem Testamente als Zeuge zugezogen werden, weil ihm verboten ist, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen. Wollte man den Worten einen vernünftigen Sinn beylegen, so würde man hier erst zur Emendation schreiten, und Statt **quoniam** vielmehr *quamvis* lesen müssen, so daß nun der Sinn wäre: „Obgleich die **Lex Julia** demjenigen, welcher wegen des **criminis repetundarum** nach diesem Gesetz verurtheilt worden, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen verbietet, so glaube ich doch, daß er bey einem Testamente als Zeuge zugezogen werden könne;" der Grund würde alsdann seyn, weil die **Lex Julia repetundarum** den Uebertreter dieses Gesetzes ausdrücklich nur vom gerichtlichen Zeugniß ausschließt; oder wenn man ja das **quoniam** beybehalten will, so müßte wenigstens der vom Ulpian angeführte Grund so gefaßt seyn: **quoniam** *non nisi* **in iudicio testis esse vetatur.** Was hätte man nun aber mit allen diesen Emendationen gewonnen? Man würde dem großen Ulpian eine Meinung angedichtet haben, die er selbst hätte verwerfen müssen, weil sie mit andern bekannten Gesetzen im grellesten Widerspruche gestanden hätte. Das **crimen repetundarum** gehörte zu denjenigen Verbrechen, **quae** *ex legibus iudiciorum publicorum* **veniunt.** Zu diesen Gesetzen zählt Macer *libro I. de publicis iudiciis*[90]) namentlich auch die **lex Julia repetundarum.** Eben so Justinian in seinen Institutionen[91]). Wer

90) *L.* 1. *D. de publ. iudic.* (XLVIII. 1.)

91) §. 11. *J. eodem* (IV. 18.)

nun wegen eines solchen **crimen iudiciorum publicorum** verurtheilt worden war, erlitte eine Infamie, weil hier der Verurtheilte, nach dem Ausspruche des ganzen Volks, als strafwürdig erschien[92]). Daß also auch der **repetundarum damnatus** eine **infamis persona** war, ist keinem Zweifel unterworfen. Derselbe Macer sagt *libro II. iudiciorum publicorum*[93]).

Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod *iudicii publici causam* habuit.

Die Folgen dieser Infamie, welche gleich nach der Verurtheilung eintraten, äußerten sich nun besonders darin, daß derjenige, welcher **lege repetundarum damnatus** war, außer der Amtsentsetzung mit dem Verlust der Standeswürde (**remotio ab ordine**) bestraft wurde, so daß er weder **iudex** seyn, noch ein **testimonium** ablegen konnte, wie Marcellus *libro III. Digestorum*[94]) sagt:

Cassius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem Senatu motus, nec restitutus est, iudicare, vel testimonium dicere, quia *lex Julia repetundarum* hoc fieri vetat.

Eben dieses bestätiget Venulejus Saturninus in der oben angeführten ***L.* 6. §. 1. *D. de lege Julia repetundarum***, und ganz dieser ausgesprochenen Infamie gemäß, verordnen die Kaiser Gratian, Valen-

92) S. Theod. Marezoll über die bürgerliche Ehre. 1. Bch. 4. Abschn. §. 3. S. 124. ff. und von Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 480.

93) ***L.* 7. *D. de public. iudic.***

94) ***L.* 2. *D. de Senatorib.*** (I. 9.) S. auch Marezoll a. a. O. S. 117.

tinian und Theodosius *L.* 12. *C. de dignitatib.* (XII. 1.) daß Richter, die eines solchen Verbrechens überführt sind, **ablatis codicillorum insignibus, et honore exuti,** *inter pessimos quosque et plebeios* gezählt werden sollen, **nec sibi posthac de eo honore blandiantur, quo se ipsos indignos iudicaverunt.**

Könnte denn also wohl von irgend einem röm. Rechtsgelehrten vernünftiger Weise behauptet worden seyn, daß ein nach der **lex Julia repetundarum** verurtheilter Verbrecher, wenn er gleich für unfähig erklärt worden, ein gerichtliches Zeugniß abzulegen, doch noch als Testamentszeuge zuzulassen sey? Man erwäge doch, daß die Testamentszeugen nicht bloße Solennitätszeugen, sondern zugleich und vorzüglich auch Beweiszeugen sind, durch deren Zeugniß **perfectissima veritas testamenti** bewirkt werden soll. Von diesem Beweise kann nun zur Zeit der Errichtung des Testaments noch keine Frage seyn, sondern erst nach dem Tode des Testirers, wenn bey oder nach der Eröffnung des Testaments über den Inhalt oder die Echtheit des Testaments Streit entsteht, wird ein **testimonium** der Testamentszeugen **in iudicio** nothwendig. Hier müssen die Zeugen ihre Siegel und Unterschriften vor Gericht recognosciren [95]) und ihre Aussagen sogar eidlich bekräftigen [96]). Wie kann dieses von solchen Personen verlangt werden, die zur Ablegung eines gerichtlichen Zeugnisses überhaupt unfähig sind? Es ist also wohl eine ganz natürliche und nothwendige Folge, daß Infame, denen namentlich und ausdrücklich durch eine **lex** das **testimonium in iudicio** untersagt

95) *L.* 4. *D. Testam. quemadm. aperiant.*

96) *L.* 21. *in fin. C. de testam.*

worden ist, auch unfähig sind bey Testamenten als Zeugen zugezogen zu werden [97]). Von dieser Ansicht ging Paulus *L.* 15. *D. de testibus* aus, und gewiß war auch Ulpian keiner andern Meinung. Dieses erhellet 1) aus dem von ihm angeführten Grunde: **quoniam in iudicio testis esse vetatur.** 2) Handelt Ulpian gerade an diesem Orte von ungültigen Testamentszeugen, von diesen sollte also Ulpian eine Ausnahme bey demjenigen gemacht haben, **qui lege repetundarum damnatus est?** 3) Da in der *L.* 15. *D. de testibus* das Geradegegentheil behauptet wird, wer könnte glauben, daß Justinian die offenbar widersprechende Meinung des Ulpians in seine Pandecten sollte aufgenommen haben? da ja nach der Versicherung desselben in seiner ***Constitutio de confirmatione Digestorum*** §. 15. **contrarium aliquid in hoc codice positum** nicht zu finden seyn soll. Das Raisonnement des Jauchius, die Compilatoren der Pandecten hätten den Ausspruch des Paulus dem Titel *de testibus* einverleibt, weil dieser von gerichtlichen Zeugnissen handle, dem Ausspruche Ulpians aber in dem Titel: ***Qui testamenta facere possunt***, seinen Platz angewiesen, weil dieser vom **iure testamenti** handle, und daher der Meinung des Ulpians den Vorzug gegeben, ist lächerlich. Warum strichen denn die Compilatoren nicht lieber die Worte *nec ad testamentum* in der Stelle des Paulus gleich ganz weg, und setzten dafür: ***Repetundarum damnatus ad testimonium adhiberi non potest***, wenn sein Ausspruch nur vom gerichtlichen Zeugniß gelten sollte? Und wenn der Scholiast der Basiliken a. a. O. sagt, die Sache sey unter den römischen Juristen streitig gewesen, so kann dieses

97) S. Marezoll am a. O. §. 5. S. 223. f.

zwar allerdings seyn, daß aber Ulpian hierin von Paulus abgewichen, und anderer Meinung gewesen sey, stellt sich jetzt als eine offenbare Unwahrheit dar, die allenfalls damit zu entschuldigen wäre, daß der Scholiast eine fehlerhafte Handschrift besessen, und also, wie auch Westphal [98]) annimmt, der Fehler sehr alt seyn müsse. Man folge nun entweder der Meinung derjenigen, welche durch Einschaltung einer Negation dem verunglimpften Ulpian seine Ehre wieder zu geben gesucht haben, oder huldige der sinnreichen Conjectur eines Johann Cannegieters, welcher aus einer Unbekanntschaft der Abschreiber mit den Schriftzügen und Abkürzungen der Alten den Fehler der Lesart in der *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* erklärt hat. Eins von Beyden ist schlechterdings nothwendig, denn dieses fordert die gesunde Vernunft. Intestabiles sind ferner

3) diejenigen, welche als famöse Pasquillanten verurtheilt worden sind. Ulpian sagt *libro I. ad Sabinum* [99]):

Si quis *ob carmen famosum* damnetur, Senatusconsulto [100]) expressum est, *ut intestabilis sit;*

98) Theorie von Testamenten. §. 67. und §. 199.

99) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* Vinnius Comm. ad §. 6. J. de testam. ord. nr. 5.

100) Es wird darunter ohne Zweifel das Senatusconsultum ad Legem Corneliam de iniuriis factum verstanden, dessen Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. V. Tit. 4. §. 15. gedenkt. S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 444. Es fällt wahrscheinlich in die Zeiten des Kaisers Augustus. S. Bach Histor. Jurispr. Rom. pag. 381. (edit. sext. *Stockmann.*)

ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi testis.

Eben ſo Arcadius Chariſius *libro singulari de testibus* [1]). **Ob carmen famosum damnatus *intestabilis* fit.**

Und Ulpian *Libro LVI. ad Edictum* [2]) ſagt:

Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiam si alterius nomine ediderit, vel sine nomine, uti de ea re agere liceret, et si condemnatus sit, qui id fecit, *intestabilis* ex lege esse iubetur.

4) Zu den intestabiles werden endlich noch die apostatae und haeretici gerechnet [3]).

Noch iſt zu bemerken, **1)** daß Juſtinian wegen

1) *L.* 21. *pr. D. de testib.* S. *Christ.* Rau Diss. de Aurelio Arcadio Charisio vetere ICto. *Lipsiae* 1773. 4. Cap. IV. pag. 25. sq.

2) *L.* 5. §. 9. *D. de iniuriis.* (XLVII. 10.) S. *Scip.* Gentilis Parergor. ad Pandect. Lib. II. Cap. 30. (in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 1348. sq.)

3) *L.* 3. *C. de apostat.* (I. 7.) *L.* 4. *C. de haeret.* (I. 5.) Vinnius Comm. ad §. 6. J. de testam. ord. nr. 5. und Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1264. Ueber die Begriffe von apostasia und haeresis vergl. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 869. et §. 873. Tittmann Handbuch des deutſch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 600. von Quiſtorp Grdſ. des deutſch. peinl. Rechts 1. Th. §. 144. §. 145. und Brendels Handbuch des Kirchenrechts. §. 215. S. 735. Ueber die heutige Anwendung *Jo.* Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVIII. §. 31—33. Valett Lehrb. des pract. Pand. Rechts. 3. B. §. 965.

der Gefahr, die von unzuverlässigen und schlechten Zeugen zu befürchten ist, wovon er selbst ein Beyspiel anführt, daß ein Testamentszeuge bey der Abfassung eines Testaments ein **falsum** begangen hatte, in der Novelle *XC.* Kap. **1.** die allgemeine Verordnung gemacht habe, daß gar keine anderen Zeugen genommen werden sollen, als welche **bonae opinionis** sind. Dadurch ist nun vollends außer allen Zweifel gesetzt, daß nicht nur kein **infamis**, sondern auch ein Jeder, dessen **opinio** nicht mehr **integra** ist, weder Testaments- noch gerichtlicher Zeuge seyn könne[4]).

2) Es ist eine Regel des Civilrechts, daß man bey Beurtheilung der Fähigkeit der Testamentszeugen hauptsächlich auf die Zeit zu sehen habe, da das Testament errichtet worden ist. Sollte nachher ein oder der andere Zeuge unfähig geworden seyn, so schadet dieses der Gültigkeit des Testaments nicht, nämlich wenn das Testament schriftlich errichtet worden ist, weil die Zeugen schon durch ihre Unterschrift und Siegel ihr Zeugniß abgelegt haben[5]). Hierher gehört der Ausspruch Ulpians *L.* **22.** §. **1.** *D. h. t.*

Conditionem testium tunc inspicere debemus, *cum signarent*, non mortis tempore. Si igitur tunc, cum signarent, tales fuerunt, ut adhiberi possent, nihil nocet, si quid postea eis contigerit[6]).

Wie aber wenn von einem mündlichen Testamente die Rede ist? Bey diesem legen die Testaments-

4) S. Marezoll über die bürgerl. Ehre. 4. Abschn. §. 5. S. 225. ff.

5) S. meine Opusc. iurid. Fasc. I. pag. 73. sqq.

6) S. meine Opuscula. Fasc. I. pag. 83.

zeugen nur erst dann ihr Zeugniß ab, wenn nach dem Tode des Testirers die Frage von dem Daseyn eines gültigen Testaments entsteht, und nun aus demselben geerbt werden soll. Wie wenn nun hier einer von den Testamentszeugen eine solche Veränderung erlitten hätte, daß er jetzt unfähig ist, zu einem Testamente als Zeuge gebraucht zu werden? Hier ist überhaupt soviel gewiß, daß das Testament seine Gültigkeit nicht verliert, insofern nicht über den Inhalt und Gewißheit desselben gestritten wird, sondern es bloß darauf ankommt, ob ein oder der andere Zeuge zur Zeit der Errichtung des Testaments die zu einem Testamentszeugen erforderliche Eigenschaft gehabt habe. Ist hingegen die Frage davon, ob durch einen solchen Zeugen auch das, was zur vollkommenen Gewißheit und Wahrheit des Testaments erfordert wird, vor Gericht beglaubiget werden könne, so kommt es darauf an, ob der Testamentszeuge, welcher nachher eine Veränderung seines Zustandes erlitten hat, doch noch immer ein gültiger Beweiszeuge vor Gericht bleibt, oder nicht. Im ersten Falle schadet eine solche Veränderung in der Person eines der Testamentszeugen der Gültigkeit des Testaments eben so wenig. Aber wie im letzten Falle? bleibt doch ein solcher Testamentszeuge aus dem Grunde ein gültiger Beweiszeuge, weil man bey Beurtheilung der Gültigkeit der Testamentszeugen bloß auf die Zeit der Testamentserrichtung zu sehen habe? Cujaz[7]) meint es. Allein Franz Duarenus[8]) hat diese Meinung gründlich widerlegt. Denn

7) Commentar. ad h. tit. Pand. ad L. 22. §. 1. *Conditionem.* (*Opp. ab* IPSO *editor.* Tom. II. pag. 213.)

8) Commentar. in Tit. Dig. Qui testam. fac. poss. Cap. VI. *de testibus in testamento idoneis.* (*Operum* pag. 326. sq.)

bey einem gültigen Beweiszeugen sieht man schlechterdings darauf, ob er zu der Zeit, da er sein Zeugniß vor Gericht ablegt, die zu einem gültigen Beweiszeugen erforderlichen Eigenschaften hat [9]).

Wie aber, wenn aus Irrthum einer von den Testamentszeugen zur Zeit der Errichtung des Testaments für einen fähigen Zeugen gehalten wurde, der nachher als unfähig erscheint? Nach einer Verordnung des Kaisers Hadrian *L.* 1. *C. de testam.* kommt es darauf an, ob ein solcher Testamentszeuge damals allgemein für das war angesehen worden, wofür er sich ausgab, oder nicht. Im ersten Falle wird das Testament aus billiger Rücksicht für gültig gehalten. Es heißt in der angeführten Verordnung:

Testes servi, an liberi fuerint, non in hac causa tractari oportet: cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit.

Auf dieses Rescript des Kaisers Hadrianus bezieht sich auch Justinian wenn er in seinen Institutionen §. 7. *de testam. ordin.* sagt:

Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus HADRIANUS Catonio Vero, quam postea divi SEVERUS et ANTONINUS rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut [10]) sic habeatur, atque si, ut oportet,

9) *L.* 2. *et* 3. *D. de testib.*

10) Mehrere Ausgaben, als Haloander, Charondas, Baudoza, Bucher u.m. lesen hier: ut sic habeatur *firmum*.

factum esset: cum eo tempore, *quo testamentum signaretur*, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit, neque quisquam esset, qui ei status quaestionem moveret.

In beyden Texten ist zwar nur von dem Falle die Rede, wenn Jemand **omnium consensu**, das heißt hier nicht von allen übrigen Testamentszeugen, wie es Hugo Donellus [11]) erklärt, sondern von allen Einwohnern des Orts [12]), *κατὰ τὴν πάντων γνώμην*, wie sich Theophilus ausdrückt, **secundum omnium opinionem**, für einen freyen Menschen gehalten worden ist, nachher aber als Sclave erscheint. Hier soll die Milde eintreten, und ein solches Testament, dessen ungeachtet, für gültig gehalten werden. So sollen, nach Hadrian, auch die Kaiser Severus und Antoninus rescribirt haben. Allein dieses Rescript findet sich nirgends [13]). Man wendet jedoch diese Vorschrift auf mehrere Fälle an, z. B. wenn eine Frauensperson ihr Geschlecht dergestalt

Theophilus in gr. Paraphr. hat bloß: *ὥστε εἶναι αὐτὴν ἐν τοιαύτῃ τῇ τάξει, ἐν ᾗπερ ἤμελεν εἶναι, εἰ τὴν ἀρχὴν ἀνεπιλήπτως ἐγένετο.* **i. e.** ***ut ea id esset conditione, in qua futurum erat, si principio inculpate factum fuisset.***

11) Comm. ad L. 1. C. de testam.

12) S. Vinnius in Commentar. ad §. 7. J. h. t. nr. 4. und *Jo. Jac.* Wissenbach Comm. ad L. 1. C. de testam. pag. 541. sq.

13) S. *Jo. God.* Schaumburg Commentar. de constitutionibus Imperator. antiquis, iis speciatim, quae in Institutionib. citantur, et in Cod. repetitae praelect. omissae sunt. (*Lemgovii* 1735. 4.) Manip. II. Observ. 4. pag. 52. sqq.

verläugnet hätte, daß sie von Jedermann für eine Mannsperson gehalten worden ist, oder wenn ein Unmündiger von Jedermann für mündig gehalten wurde [14]). Allein nicht alle Rechtsgelehrten sind hierin einverstanden, weil diese Vorschrift sich auf eine **specialis Principium libe-**ralitas gründe, und also als ein besonderes Recht anzusehen sey, welches keine Ausdehnung erlaube [15]).

7) Die Zeugen dürfen weder mit dem Testirer, noch mit dem Erben in einem solchen Verhältniß stehen daß sie juristisch mit ihm Eine Person vorstellen. Daher kann

a) der Erbe bey dem Testamente nicht Zeuge seyn, worin er eingesetzt worden ist [16]). Justinian änderte hierin zuerst das ältere Recht ab, welches beym Testa-

14) *Ev.* Otto Comment. ad §. 7. J. de testam. ord. pag. 246. (edit. *Trajectin.*) *Arn.* Vinnius Commentar. ad eund. §. 7. J. nr. 3. in fin. *Ulr.* Huber Praelect. iuris civ. secund. Institut. Lib. II. Tit. 10. §. 14. in fin. *Joach.* Hopp. Commentat. ad Institut. Justinian. ad §. 7. J. de test. ord. pag. 396. edit. *Walch.* und Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1263. not. a.

15) *Paul.* Voet Commentar. ad §. 7. J. de testam. ord. nr. 2. pag. 625. (*Lugd. Batavor.* 1691. 4.) und *Herm.* Vultejus Commentar. in Institut. iuris civ. ad eund. §. nr. 18.

16) S. *Ferd. Christoph.* Harpprecht Disp. de testimonio testamentario heredi interdicto, ad illustrationem *L.* 20. *pr. D. Qui test. fac. poss.* et §. 10. *J. de testam. ord.* (*Tübingae* 1688.) in Eius *Dissertation. academicar.* Vol. I. Disp. XLIII. pag. 1540. sqq. und den Aufsatz von Dr. Fritz im Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgebung herausgegeb. von K. von Grolman und E. von Löhr. 4. Bandes 3. Heft. Nr. XVII. S. 324. ff.

ment per aes et libram zwar den familiae emtor, aber nicht den Erben vom Zeugniß ausschloß, und verordnete, daß nun, nachdem jene alte Testamentsform außer Gebrauch gekommen sey, der Erbe, nach der Analogie des alten familiae emtoris, nicht mehr Zeuge seyn könne. Die Verordnung Justinians ist nicht auf uns gekommen, wir kennen den Inhalt derselben bloß aus den Institutionen, und was wir davon in den Pandecten finden, ist wahrscheinlich vermittelst einer Interpolation in dieselben gekommen. In den Institutionen meldet Justinian von seiner Constitution Folgendes. Es heißt daselbst §. 10. *de testam. ord.*

Sed neque *heres scriptus*, neque is, qui in potestate eius est, — testes adhiberi possunt: *quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi.* Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat, et veteres, qui familiae emtorem, et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerunt, a testamentariis testimoniis repellebant, heredi autem et iis, qui coniuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare, — tamen nos eandem observationem corrigentes, — *ad imitationem pristini familiae emtoris*, merito nec HEREDI, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei, ut dictum est, coniunctae sunt, *licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare.*

In einer Stelle der Pandecten, welche nach der Ueberschrift aus *Ulpiani libro primo ad Sabinum* genommen ist, und wo Ulpian von den Testaments-

Zeugen handelt, wird ganz jener Constitution gemäß gesagt:

L. 20. *pr. D. h. t.* **Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest.**

So konnte aber wohl Ulpian selbst nicht gesprochen haben, zu dessen Zeiten noch das **testamentum per aes et libram** die gewöhnliche Art zu testiren war, bey welcher der Strenge nach der Erbe selbst Zeuge seyn konnte, **quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emtorem fiebat**, wie Ulpian[17]) sagt. Wahrscheinlich war daher hier Tribonians Hand im Spiele, für welche Ansicht ich mich selbst auch oben[18]) erklärt habe. Da indessen Gajus[19]), der jenes strenge Recht lehrt, daß **ipse quoque heres** zum **testis et libripens** genommen werden könne, selbst dabey zu bemerken nicht unterlassen konnte: ***sed tamen minime hoc iure uti debemus;*** so könnte vielleicht schon Ulpian das Zeugniß des Erben verworfen haben. Weil nun Justinian dasjenige, was nur die Alten widerriethen, zur gesetzlichen Nothwendigkeit machte, und sich also für die verneinende Meinung bestimmte, so nahm er vielleicht gerade das Fragment des mit ihm gleichdenkenden Ulpians in die Pandecten auf, wie Dernburg[20]) dafür hält. Ich sollte jedoch meinen, daß Justinian, der sich gern auf die Auctorität eines berühmten Juristen beruft, dieses hier anzuführen nicht unterlassen haben

17) *Fragm. Tit. XX.* §. 3.

18) S. §. 1412. a. S. 248. f.

19) *Institut. Comment. II.* §. 108.

20) Beytr. zur Gesch. der röm. Testamente, in den Zusätzen. S. 321.

würde, wenn Ulpian wirklich schon der verneinenden Meinung gewesen wäre. Justinian gebraucht nun hier denselben Grund, warum auch beym **testamentum per aes et libram** der **familiae emtor** nicht Zeuge seyn konnte. Da nämlich jetzt der Erbe selbst an die Stelle des **familiae emtoris** tritt, so heißt es nun: **quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur *hodie* inter testatorem et heredem agi.** Dieses Geschäft besteht, wie Hugo Donellus [21]) ganz richtig bemerkt, in der Erbeneinsetzung, ohne welche kein Testament gültig ist [22]), denn um deren willen wird ja hauptsächlich das Testament errichtet. Der Erbe ist es daher, auf dem die Gültigkeit des ganzen Testaments beruht, so wie sie ehemals auf dem **familiae emtor** beruhte. Nur allein dieser steht in einem unmittelbaren Verhältniß zu dem Erblasser, wie ehemals der **familiae emtor**; ja er wird mit dem Erblasser für eine Person gehalten. Er kann daher, da er als Zeuge in eigener Sache zu betrachten ist, unter den Testamentszeugen nicht mitgezählt werden. Ist also nicht schon außer ihm die gesetzliche Anzahl von fähigen Zeugen gehörig zugezogen, so ist das ganze Testament ungültig [23]). Man sieht jedoch hieraus, daß dieses alles nur von einem directen Erben gesagt werden kann, aber auch von diesem ohne Unterschied gilt, er sey **heres primus**, oder **substitutus**,

21) **Commentar. de jure civ. Lib. VI. Cap. 7. §. 20.**

22) ***L.* 1. §. *ult. D. de vulg. et pupill. substitut.***

23) **S. Harpprecht Diss. cit. de testimon. testamentario heredi interd. §. XLIV. et XLIX.** und Fritz im Magazin für Rechtswiss. und Gesetzgeb. **IV. B. 3. Hft. Nr. XVII. §. 2. und §. 3.**

er sey Universalerbe, oder nur **heres ex parte** [24]). Der Fideicommißerbe ist daher so wenig, als der Legatar ausgeschlossen [25]). Justinian lehrt dieses auch ausdrücklich in dem §. 11. *J. de testam. ordin.*

Legatariis autem et fideicommissariis, *quia non iuris successores sunt*, et aliis personis eis coniunctis testimonium non denegamus: immo in quadam nostra Constitutione et hoc specialiter concessimus: et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, huiusmodi licentiam damus.

Die Verordnung des Kaisers Justinian, worauf sich hier bezogen wird, findet sich nicht im Codex [26]). Wahrscheinlich machte sie den Schluß in dem Titel de testamentis. Denn Lud. Charondas bemerkt in seiner Ausgabe des Codex am Schluße dieses Titels, daß

24) S. Harpprecht Diss. cit. §. X. et XIII.

25) *Ferd. Christoph.* Harpprecht Disp. de testimonio testamentario fideicommissarii. *Tübing.* 1688. Ejusd. Disp. de testimonio testamentario legatariis permisso. *Ib. eod.* (in Ejusdem *Dissertation. academicar.* Vol. I. Nr. XL. et XLI.) *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. cap. 7. §. 22. et 23. *Guil.* Fornerius Selection. Lib. II. cap. 12. (in Thes. *Otton.* Tom. II. pag. 59. sq.) *Car. Christph.* Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1264. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 2. B. §. 692. und von Löhr kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts, im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. Nr. XIV. §. 4. S. 189—191.

26) S. Schaumburg de constitution. Impp. antiquis, iis speciat. quae in Institution. citant. Manip. II. Obs. V. ad §. 11. J. de testam. ord. pag. 54. sqq.

sowohl in seiner Auredanischen Handschrift, als in der von Sct. Denys (libro *Dionysiano*), hier die Lücke einer griechischen Constitution angegeben werde[27]). Daß schon längst vor Justinian Legatare und Fideicommissare bey dem Testamente, darin sie waren bedacht worden, Zeugen seyn konnten, ist außer Zweifel. Nach dem Zeugniß des Marcianus[28]) trug schon Trebatius kein Bedenken, ein solches Vermächtniß für gültig zu erklären, welches den Testamentszeugen wäre hinterlassen worden. Ihm stimmte auch Pomponius bey. Marcian, der beyden Recht giebt, sagt:

Si quis ita scripserit, *illis, qui testamentum meum signaverint, heres meus decem dato:* TREBATIUS utile legatum esse putat, quod POMPONIUS verius esse existimat, *quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis:* quod verum esse existimo.

Es war hier eigentlich darüber kein Zweifel, ob einem Zeugen etwas vermacht werden könne. Dieß scheint hier schon als bekannt vorausgesetzt worden zu seyn. Der Zweifelsgrund bestand vielmehr darin, ob das Legat, welches den Testamentszeugen von dem Erben ausgezahlt werden sollte, nicht vielleicht darum für ungültig zu halten seyn möchte, weil es, so wie es gefaßt worden, **personis incertis** vermacht zu seyn schien, denn der Testator wußte zu der Zeit, als er sein Testament schrieb, vielleicht selbst noch nicht, welche er zu seinen Testamentszeugen ersuchen werde. Dieser Zweifelsgrund ward aber durch den angeführten Entscheidungsgrund

27) S. *Carl* WITTE Leges restitutae des Justinian. Codex. (*Breslau* 1830.) pag. 199.

28) *L.* 14. *D. de reb. dub.* (XXXIV. 5.)

überwogen, *quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis*, d. h. weil das Testament durch die Zuziehung von Zeugen seine Gültigkeit erhält, so wird dadurch die Ungewißheit gehoben. So haben dieses Gesetz auch Radulph Fornerius[29]), und Fried. Gottfr. Houck[30]) richtig erklärt, und es scheint mir gar nicht nöthig zu seyn, die Lesart zu ändern, und mit Wilh. von Teisterbant[31]): *quia* IPSO TESTAMENTO *confirmatur, testibus adhibitis*, zu lesen. Wie wenig aber darüber an sich ein Zweifel obwaltete, ob der Legatar Testamentszeuge seyn könne, erhellet schon daraus, weil ja der Erbe selbst als Zeuge zugelassen wurde. Gajus[32]) nimmt dieses auch als ganz unbezweifelt an, wenn er sagt:

Is vero, qui in potestate heredis, aut in potestate legatarii est, cuiusve heres ipse aut legatarius in potestate est, — ab eo, qui testamentum facit, testis et libripens adhiberi potest: *ut ipse quoque heres et legatarius iure adhibeantur.*

Ulpian[33]) ist zwar in Ansehung des Erben, wahrscheinlich aber nur durch Interpolation, anderer Meinung,

29) Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 23. (in *Thes. J. R. Ottonian.* Tom. II. pag. 219.)

30) Diss. de rationibus veterum ICtorum falso suspectis. *Traj. ad Rhen.* 1734. Cap. II. §. 1. (in *Gerh.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 343. sq.)

31) Observation. et Emendation. Lib. I. Cap. 29. pag. 173. sqq. (edit. auct. *Lugd. Batav.* 1819. 8.)

32) *Institut. Comm. II.* §. 108.

33) *L.* 20. *pr. D. h. t.*

aber in Ansehung des Legatars vollkommen einverstanden. Er sagt nämlich *libro I. ad Sabinum:*

Quod in *legatario*, et in eo, qui tutor scriptus est, contra habetur: *hi enim testes possunt adhiberi*, si aliud eos nihil impediat, utputa si impubes, vel si in potestate sit testatoris.

Eben so wenig hielten auch die Kaiser Valentinian, Theodos und Arcadius ein Testament für ungültig, wenn die Legatare dabey als Zeugen zugegen waren. In einer von ihnen an den Aeternalis, Proconsul Asiens, erlassenen Verordnung, nämlich *L.* 3. §. 3. *Cod. Theod. de testament. et codicill.*[34]) (vom J. 396.) heißt es:

Nec *si quid ex munificentia morientis fuerint consecuti, infructuosum subscribentes facient testamentum*, cum hoc auctorem prudentissimum iurisconsultorum non sit ambiguum SCAEVOLAM[35]) comprobasse.

Eben dieses wiederholte nachher nochmals der Kaiser Zeno in der *L.* 22. *Cod. de testam.* (vom J. 480.) welche fogenden Inhalts ist:

Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro suo lubitu, quod voluerit testator, relinquere non prohibetur.

Wozu war nun aber noch eine neue Verordnung vom Kaiser Justinian nöthig? ja wie konnte Justi-

34) S. *Jac.* GOTHOFREDI Comment. in Cod. Theod. ad h. L. Tom. I. pag. 380. edit. *Ritter.*

35) Das Gutachten des Scävola, worauf sich hier die Kaiser berufen, findet sich nicht in den Pandecten.

nian in seinen Institutionen sagen, er habe den Legataren und Fideicommissarien ausdrücklich die Erlaubniß, Testamentszeugen zu seyn, ertheilt? Sollte also etwa diese Stelle einen neuen Beleg zu des Johann Corasius[36]) Anklagelibell gegen Justinian liefern, er habe sich mehrmals der Einführung eines neuen Rechts gerühmt, was doch schon Jahrhunderte lang vor ihm bekannt war? Die Sache scheint sich folgendermaßen zu verhalten. Justinian hatte in einer eigenen Constitution das ältere Recht, welches ehemals beym **testamentum per aes et libram** galt, bey welchem nicht nur der Legatar, sondern auch sogar der Erbe selbst Zeuge seyn konnte, aus dem Grunde aufgehoben, weil jetzt das Hauptgeschäft, um dessen Willen das Testament errichtet wird, zwischen dem Testator und dem Erben unmittelbar, und nicht mehr, wie ehemals, zwischen dem Testator und dem von dem Erben ganz verschiedenen **familiae emtor**, vorzugehen rechtlich angenommen werde, der Erbe also, da er als Zeuge in eigener Sache erscheinen würde, nicht mehr als Testamentszeuge gelten kann. Dieser Grund schien gewissermaßen auch die Legatare und Fideicommissarien zu treffen. Denn auch diese sind ja eben darum, weil sie bedeutende Vortheile aus dem Testamente zu hoffen haben, so gut, wie der Erbe selbst, bey dem Testamente interessirt. Man hätte also glauben können, da nun der Erbe bey dem Testamente, worin er eingesetzt worden ist, nicht mehr Zeuge seyn darf; so dürften nun auch die Legatare und Fideicommissarien nicht mehr als Zeugen bey dem Testamente zugelassen werden, in dem sie bedacht wor-

36) Miscellaneor. iuris civ. Lib. V. cap. 17. pag. 371. sqq. (*Coloniae* 1598. 8.)

den sind. **Nullus enim idoneus testis in re sua intelligitur**, sagt Pomponius *libro primo ad Sabinum* [37]). Um diesen Zweifel zu beseitigen, hielt es daher Justinian für nöthig, den Legataren und Fideicommissarien in einer eigenen Verordnung zu erklären, daß bey ihnen nicht das nämliche Verhältniß Statt finde, wie bey dem Erben, weil sie nicht, wie dieser, **iuris sc. universi successores** wären, um deren Willen das Testament errichtet werde. Ihnen könne daher so wenig, als andern mit ihnen verbundenen Personen, bey dem Testamente, worin sie bedacht worden sind, Zeugniß abzugeben, verweigert werden [38]). Vielen heutigen Rechtsgelehrten hat nun zwar freylich der Grund nicht einleuchten wollen, den Justinian hier angegeben hat. Sie haben daher theils andere Gründe untergelegt, theils seine Verordnung gegen seine Absicht auf mancherley Art zu beschränken gesucht. Soviel nämlich den angeführten Grund betrifft, so hat dieser darum mehreren [39]) nicht ganz befriedigend geschienen, weil die Legatare, wenn sie auch nicht zunächst zu ihrem Vortheil, sondern hauptsächlich zum Vortheil des Erben Zeugniß ablegen, doch bey der Aufrechthaltung des Testaments interessirt wären, indem, wenn das Testament zu Grunde

37) *L.* 10. *D. de testib.*

38) S. Harpprecht Diss. cit. de testimonio testamentar. legatariis permisso. Th. III. pag. 1478.

39) S. *Franc.* Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. IX. Cap. 3. pag. 665. b. (*Lutetiae* 1553. f.) *Arn.* Vinnius Comment. ad §. 11. J. de testam. ord. n. 2. Harpprecht Diss. cit. §. VI. nr. 57. sqq. pag. 1483. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 445. Not. 12. S. 478.

ginge, sie auch ihre Legate verlieren würden. Hätten sie also auch nur folgeweise einen Vortheil von ihrem Zeugniß zu erwarten, so blieben sie doch immer noch Zeugen in ihrer eigenen Sache. **Palam est**, sagt Ulpian[40]), **eam esse *propriam causam*, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.** Sie halten daher folgende Gründe für bündiger. **1**) Die Zahl der übrigen Zeugen befreye das Zeugniß des Legatars von aller **suspicio falsi.** Das Legat bestehe also nicht sowohl wegen seines Zeugnisses, als wegen des Zeugnisses der übrigen, welche dabey nicht interessirt wären. **2**) Der Legatar habe es ja nur mit dem Erben zu thun. Da dieser nun den Zeugen zu verdanken habe, daß durch sie das Testament seine Gültigkeit, und er dadurch die Erbschaft erhalten hat; so würde es ungerecht seyn, wenn er dem Legatar das Vermächtniß unter dem Vorwande verweigern wollte, daß er ein Zeugniß in seiner eigenen Sache abgelegt habe. Endlich **3**) hätten die Römer gewöhnlich ihre vertrautesten Freunde zu Testamentszeugen genommen, und es würde hart gewesen seyn, wenn sie diesen, um ihnen ihre Liebe zu beweisen, nichts hätten vermachen dürfen[41]). Allein wir bedürfen dieser Gründe gar nicht. Da es den Römern nie eingefallen ist, ein Legat für ungültig zu halten, welches einem Zeugen vermacht worden ist, so erhellet ja hieraus, daß hier, wo bloß von Vermächtnissen

40) *L.* 1. §. 11. *D. Quando appelland. sit.* (XLIX. 4.)

41) Symmachus *Lib. X. Epist.* 62. **Quis non familiarissimum quemque signandis adhibet, cum extrema conduntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?**

die Rede ist, die Regel, nach welcher Niemand in eigener Sache Zeuge seyn könne, keine Anwendung finde. Es bleibt also der von Justinian angeführte Grund der allein wahre. Nämlich Legatare und Fideicommissare können darum Testamentszeugen seyn, weil sie nicht die Hauptpersonen beym Testamente sind, um deren willen das Testament errichtet wird. Denn sie sind nicht diejenigen, welche nach dem Tode des Erblassers in seine Rechte und Verbindlichkeiten eintreten, und ihn repräsentiren, das heißt hier, sie sind nicht **iuris successores.** Man kann also auch nicht sagen, daß zwischen ihnen und dem Testirer das ganze Geschäft vorgehe, um dessen willen das Testament errichtet wird. Gleichwohl haben die Rechtsgelehrten die Verordnung des römischen Rechts auf mancherley Art zu beschränken gesucht. Einige[42]) wollen nämlich einen Unterschied machen, ob das Testament schriftlich oder mündlich errichtet wird. Im ersten Falle könnten die Legatare immerhin Zeugen seyn, aber nicht in dem letztern. Denn bey einem schriftlichen Testamente bleibe der Inhalt des Testaments den Zeugen verborgen, bey einem mündlichen hingegen müßten alle Zeugen den letzten Willen des Testirers deutlich vernehmen, hier erfahre also der Zeuge, daß ihm etwas vermacht worden sey. Da nun bey diesem Testamente der ganze Beweis auf der Aussage der Zeugen beruhe, welche hier bloß zum Beweise des letzten

42) *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXVI. Err. 1. *Franc.* Duarenus Comm. in Tit. Pand. Qui testam. fac. poss. Cap. *de testibus in testamento idoneis.* (*Opp.* pag. 326. sqq.) *Jo.* Dauth doctr. de testamentis. ad L. 20. h. t. *Christph. Phil.* Richter Decis. XXXI, nr. 21. u. a.

Willens, sowohl in so fern er die Erbeinsetzung als die Vermächtnisse betrifft, gebraucht würden; so könne hier dem Legatar eben so wenig gestattet werden, ein Zeugniß abzulegen, als es bey einem schriftlichen Testamente einem Zeugen erlaubt sey, sich selbst ein Legat mit eigener Hand in das Testament zu schreiben. Die oben angeführten Gesetze sprächen daher auch nur von schriftlichen Testamenten.

Allein diese Gründe sind unbedeutend. Denn 1) der Grund, warum Justinian die Legatare für gültige Testamentszeugen hält, ist ganz allgemein, und findet bey allen Legatarien Statt, das Testament sey ein schriftliches oder ein mündliches. 2) Daß die Testamentszeugen ohne Unterschied, das Testament werde schriftlich oder mündlich errichtet, keine bloße Solennitätszeugen sind, sondern vorzüglich auch zum Beweise des letzten Willens dienen, ist schon oben gezeigt worden. Sind also die Legatarien bey einem mündlichen Testamente unfähige Testamentszeugen, so müßten sie es auch bey einem schriftlichen seyn. 3) Ob der Legatar gleich bey Errichtung des Testaments, oder erst bey der Eröffnung desselben erfährt, daß ihm Etwas vermacht worden sey, darauf kommt nichts an. Denn sonst könnte der Legatar auch bey einem schriftlichen Testamente nicht Zeuge seyn. Endlich 4) die Regel, daß Niemand in seiner eignen Sache ein Zeugniß ablegen könne, woraus er einen Vortheil zu hoffen hat, steht dem Legatar nicht entgegen, weil derselbe durch sein Zeugniß nur die Wahrheit der den Zeugen erklärten letzten Willensmeinung des Erblassers bestätiget. Auf sein Legat kommt es also hierbey gar nicht an, sondern auf die Erbeinsetzung. Diese macht das Wesen des Testaments aus, und nur

diese erfordert die Gegenwart und den Beweis von sieben Zeugen. Das Vermächtniß konnte auch vor fünf Zeugen errichtet werden. Dieses würde durch die Aussagen der übrigen Zeugen immer noch hinlänglich bewiesen seyn. Mit Recht wird daher der zwischen einem mündlichen und schriftlichen Testamente gemachte Unterschied von den meisten Rechtsgelehrten [43]) verworfen. Hiermit zerfällt nun auch die Meinung derjenigen [44]), welche behaupteten, der Legatar sey zwar ein gültiger Solennitätszeuge bey der Errichtung des Testaments, aber kein zulässiger Zeuge, wenn vom Beweise des Testaments die Rede sey [45]).

43) *Franc.* Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. IX. cap. 3. p. 666. b. Viglius Zuichemus Comm. in Titul. Institutionum de testam. ord. ad §. 11. nr. 9. pag. 35. (*Basiliae* 1534. f.) *Arn.* Vinnius Comm. ad §. 11. J. de testam. ord. nr. 3. *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitat. ad Pand. Disp. LIV. Th. 26. pag. 567. sq. Harprecht Disp. cit. Th. XX. — XXIII. *Ge. Ad.* Struv Synt. iuris civ. Exercit. XXXII. Th. 13. *Pet.* Müller ad *Struvium*. c. l. not. ι. et κ. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XXXIX. — XLI. *Henr.* Hahn Observat. theor. pract. ad *Wesenbecium* h. t. nr. XI. Lauterbach Colleg. theor. pr. Pand. P. II. h. t. §. 68. *Ben.* Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. III. Def. 6. nr. 8. *Jo. Balth.* L. B. *a* Wernher Sel. Observation. for. Tom. II. P. X. Obs. 318. Westphal von Testamenten §. 198. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 4. Bd. Medit. 263.

44) *Henr.* Brokes Select. Observation. for. Obs. 274. pag. 313. und *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 13. pag. 303. sq.

45) Man vergleiche hier vorzüglich Harprecht Disp. cit. de

Mehrere Rechtsgelehrten [46]) wollen ferner beym Fideicommissar unterscheiden, ob er ein **fideicommissarius universalis**, oder **singularis** sey. Nur letzter könne als Testamentszeuge so gut, wie der Legatar, zugelassen werden, aber nicht jener. Man sagt, der **fideicommissarius universalis** sey so gut **ein iuris successor**, als der **heres directus.** Denn nach der Restitution der Erbschaft werde er als Erbe betrachtet, er sey **loco heredis**, und alle erbschaftlichen Klagen gingen auf ihn, **tanquam heredem**, über [47]). Allein die meisten sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten [48]) haben

testimonio testamentar. legatariis permisso. Th. XL — LI. (*Dissertation.* Vol. I. pag. 1510. sq.)

46) *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. LXVI. Err. 5. *Claud.* Cantiuncula Paraphras. in tres prior. Institution. civil. libros. (*Lugd.* 1550. 8.) Tit. de testam. ordin. pag. 347. *Arnold.* Vinnius Comm. ad §. 11. J. de testam. ord. nr. 5. *Henr.* Hahn Observat. ad *Wesenbecium* h. t. nr. 11. *Jo.* Strauch Dissertation. ad univ. ius Justinian. Diss. IX. Th. 19. *Casp.* Manzius de testamento valido vel inval. Tit. V. Qu. I. nr. 57 — 59. pag. 299. *Reinh.* Bachovius Comm. ad §. 10. J. de T. O. *Pet.* Müller ad *Struvium.* Exercitat. XXXII. Th. 13. not. *g.* Nr. XI. pag. 658. *Christ. Gottl.* Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. Lib. II. Tit. IV. Th. III. Not. r. pag. 366. u. a.

47) §. 3. *et* §. 4. *J. de fideicomm. hereditat. L.* 1. §. 2. *D. ad SCtum Trebell. L.* 27. §. 7. *et L.* 44. §. 1. *D. eodem. L.* 1. *et L.* 3. *D. de fideicomm. heredit. petit.*

48) *Guil.* Masius Singular. Opinion. Lib. VI. Cap. 19. nr. 12. *Ferd. Christph.* Harpprecht Disp. de testimonio testamentario fideicommissario. Th. XV — XX. (in Eius *Dissertation. academicar.* Vol. I. pag. 1464—1467.) Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 692.

überwogen, *quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis*, d. h. weil das Testament durch die Zuziehung von Zeugen seine Gültigkeit erhält, so wird dadurch die Ungewißheit gehoben. So haben dieses Gesetz auch Radulph Fornerius[29]), und Fried. Gottfr. Houck[30]) richtig erklärt, und es scheint mir gar nicht nöthig zu seyn, die Lesart zu ändern, und mit Wilh. von Teisterbant[31]): *quia* IPSO TESTAMENTO *confirmatur*, *testibus adhibitis*, zu lesen. Wie wenig aber darüber an sich ein Zweifel obwaltete, ob der Legatar Testamentszeuge seyn könne, erhellet schon daraus, weil ja der Erbe selbst als Zeuge zugelassen wurde. Gajus[32]) nimmt dieses auch als ganz unbezweifelt an, wenn er sagt:

Is vero, qui in potestate heredis, aut in potestate legatarii est, cuiusve heres ipse aut legatarius in potestate est, — ab eo, qui testamentum facit, testis et libripens adhiberi potest: *ut ipse quoque heres et legatarius iure adhibeantur.*

Ulpian[33]) ist zwar in Ansehung des Erben, wahrscheinlich aber nur durch Interpolation, anderer Meinung,

29) Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 23. (in *Thes. J. R. Ottonian.* Tom. II. pag. 219.)

30) Diss. de rationibus veterum ICtorum falso suspectis. *Traj. ad Rhen.* 1734. Cap. II. §. 1. (in *Gerh.* Oelrichs *Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 343. sq.)

31) Observation. et Emendation. Lib. I. Cap. 29. pag. 173. sqq. (edit. auct. *Lugd. Batav.* 1819. 8.)

32) *Institut. Comm. II.* §. 108.

33) *L.* 20. *pr. D. h. t.*

diesen Unterschied mit Recht verworfen. Denn kein Gesetz schließt den **fideicommissarius universalis** aus, er ist auch so wenig, wie der Legatar und **fideicommissarius singularis**, für einen **iuris successor** in dem Sinne zu halten, in welchem Justinian hier diesen Ausdruck genommen hat. Denn darunter versteht hier Justinian, wie aus dem §. **10.** erhellet, einen solchen Erben, der den Testator unmittelbar und **iure directo** succedirt, zwischen dem also und dem Testirer das testamentarische Hauptgeschäft vorgegangen zu seyn rechtlich angenommen wird. Dieses wird aber nicht zwischen dem Testirer und dem Fideicommissar, sondern vielmehr zwischen dem Fiduciar, als dem directen Erben, und dem Testirer rechtlich angenommen. So wie also beym Testamente **per aes et libram** der Erbe darum Zeuge seyn konnte, weil die **familiae mancipatio**, wie Ulpian [49]) sagt, nicht zwischen ihm, sondern zwischen dem **familiae emtor** und dem Testator vorging; eben so kann der Fideicommißerbe auch jetzt Zeuge bey einem feyerlichen Privattestamente aus demselben Grunde seyn, *quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter* TESTATOREM *et* HEREDEM, nämlich, qui testamento heres insti-

Schweppe röm. Privatrecht §. 815. Mühlenbruch Doctrina Pandect. Vol. III. §. 476. not. 6. pag. 73. (*edit. secund.*) Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1264. in fin. et not. e. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. 5. Buch §. 447. S. 184. Valett Lehrb. des pract. Pandect. Rechts. 3. Bd. §. 965. S. 222. Seuffert Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 524. S. 118. besonders von Löhr im Archiv für die civilist. Praxis 2. Bd. S. 189. f.

49) *Fragm. Tit. XX. §. 3.*

tuitur, wie Ulpian [50]) ſagt, und alſo **heredem *directum*, *agi*.** Hierzu kommt, daß ja der **fiduciarius heres** auch nach der Reſtitution der Erbſchaft der wahre Erbe bleibt [51]). **Qui enim ex testamento semel heres extitit**, ſagt Gajus [52]), **non desinit heres esse.** Derjenige, dem die Erbſchaft als Fideicommiß reſtituirt wird, iſt daher nicht, und kann auch nicht wirklicher Erbe ſeyn. **Uni enim duo pro solido heredes esse non possunt**; eine bekannte Rechtsregel, die uns Paulus *libro LIV. ad Edictum* [53]) lehrt. Ihn nennen daher auch die Geſetze nie **heres**, ſondern ſagen bloß, **omnes actiones, quae iure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum, cui ex fideicommisso restituta sit hereditas, *quasi heredi* et in heredem dari** [54]). Und dieſe erbſchaftliche Klagen ſind bloß **actiones utiles**, weil die **directae** nach der Strenge des Rechts bey dem Fiduciarerben bleiben [55]).

Es giebt einen Fall, wo auch ein Erbe nur als Legatar betrachtet wird, nämlich wenn er nur auf eine beſtimmte Sache eingeſetzt worden, und noch andere Erben vorhanden ſind, die entweder auf einen gewiſſen

50) *L.* 20. *pr. D. h. t.*

51) §. 3. *J. de fideicommiss. hereditat.* (II. 23.) S. Weberzu Höpfners Commentar. §. 602. Note (*) S. 680. f.

52) *L.* 88. *D. de heredib. instituend.*

53) *L.* 141. §. 1. *D. de div. reg. iur.* Man vergl. beſonders *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. XXVII. Err. 5.

54) §. 4. *J. de fideicommiss. hereditat.*

55) S. Weſtphal von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen. §. 1683.

Theil, oder schlechtweg sind eingesetzt worden. Es gehört hierher die Verordnung des Kaisers Justinian, *L.* 13. *Cod. de heredib. instituend.* (VI. 24.) welche folgendermaßen lautet:

Quotiens certi quidem *ex certa re* scripti sunt heredes, vel *certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt*, quos *legatariorum loco* haberi certum est: alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

Hierbey ist nun die Frage entstanden, ob ein solcher Erbe bey dem Testamente, in welchem er eingesetzt worden, Zeuge seyn könne? Mehrere angesehene Rechtsgelehrten [56]) behaupten dieses ohne Bedenken. Denn daß ein solcher Erbe nur für einen Legatar zu halten sey, bestätige ja Justinian selbst dadurch, daß derselbe nichts mehr bekomme, als die Sache, auf welche er eingesetzt worden ist, und daher auch die erbschaftlichen Klagen nicht ihm, sondern allein den übrigen Erben zuständen. Er sey mithin in diesem Falle so wenig, als ein Legatar, für einen **iuris successor** zu halten. Allein es ist hier wohl zu erwägen, daß ein solcher

56) S. Harpprecht Diss. cit. de testimonio testamentar. heredi interdicto. Th. XI. (*Dissertat. academ.* Vol. I. pag. 1548. sq.) und *Pet.* Müller ad *Struvium*. Exercitat. XXXII. Th. 13. not. 9. nr. V. pag. 657.

heres e re certa scriptus, wenn kein Miterbe da ist, die ganze Erbschaft erhält[57]), daß er ferner die Sache, auf welche er eingesetzt worden ist, so gut wie der Miterbe, unmittelbar vom Testirer **titulo heredis** bekommt, und ihm daher, um solche zu erhalten, gegen den Miterben das **iudicium familiae erciscundae**[58]), und, wenn er ein Notherbe ist, und die Sache, auf welche er eingesetzt worden, weniger, als sein Pflichttheil beträgt, die **actio suppletoria** zusteht[59]); daß ihm auch die **Falcidia** nicht abgezogen werden darf[60]), und durch

57) *L.* 1. §. 4. *D. de heredib. instit.* (XXVIII. 5.) *L.* 41. §. 8. *D. de vulg. et pupill. substit.* (XXVIII. 6.) *L.* 29. *D. ad SCtum Trebell.* (XXXVI. 1.) §. 3. *J. Quib. mod. testam. infirm.* (II. 27.)

58) *L.* 35. *pr. D. de heredib. instituend.* Ulpian. *libro IV. Disputationum.* — Dicebam, receptum esse, rerum certarum heredem institui posse, nec esse inutilem institutionem, sed ita, *ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis* contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Eben so heißt es in einer Constitution des Kaisers Gordianus, *L.* 1. *Cod. Gregor. de familiae erciscundae* et comm. dividundo. (III. 5.) bey Schulting in *iurispr. vet. Antejust.* pag. 694. — sane *officio familiae erciscundae iudicis* convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si *ex re certa heres* institui potuisset, in dubium non venit.

59) *Novella CXV. Cap.* 5. S. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLXI. med. 15. et 16.

60) Das Gegentheil behauptet zwar Leyser cit. Specim. medit. 22. allein man sehe dagegen *Jul.* Volkmann Diss. de heredibus e re certa scriptis praes. *Carolo* Einert def. *Lipsiae* 1827. 8. §. 12.

die von ihm geschehene Antretung der Erbschaft die Hinfälligkeit des Testaments, im Falle der Miterbe wegfällt, verhindert, und er nun durch das **ius accrescendi** die ganze Erbschaft bekommt [61]), oder, wie man auch mit Hugo Donellus [62]) sagen kann, es wird nun so angesehen, als ob er gleich Anfangs **ex re certa** ohne Miterben wäre instituirt worden, ja daß er auch sogar **in subsidium** für die Schulden des Erblassers haftet [63]). Wie läßt sich nach dieser Ansicht verkennen, daß ein **heres e re certa scriptus** als ein **iuris successor** zu betrachten sey, von dem man also mit Recht sagen kann, **totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, inter eum et testatorem agi videri?** Er kann folglich nach dieser, wie ich glaube, richtigen Ansicht so wenig, als der Miterbe, Zeuge seyn.

Noch ist einer besondern Meinung des Anton Fabers [64]) zu gedenken, welcher auf den des großen Rechtsgelehrten unwürdigen Einfall gerathen ist, daß nach der Novelle I. Kap. 1. auch selbst die Legatarien nicht mehr als gültige Testamentszeugen zugelassen werden könnten. Diese Novelle verordnet nämlich, daß wenn der Erbe den Willen des Erblassers zu erfüllen sich weigert, und derselbe, obschon er durch ein gerichtliches Decret dazu war aufgefordert worden, dennoch, ohne dasselbe zu befolgen, ein ganzes Jahr hat verstrei-

61) Leyser Specim. cit. medit. 12. et 13. und Volkmann Diss. cit. §. 14.

62) Commentar. ad L. 13. C. de heredib. instituen. (VI. 24.) nr. 9. pag. 390. (*Francof.* 1599. f.)

63) S. Volkmann Diss. cit. §. 15.

64) De errorib. Pragmaticor. Decad. LXVI. Err. 3.

chen lassen, nun die Erbschaft ihm entzogen werden, und den Legatarien das Recht zustehen solle, die Erbschaft, wenn kein Miterbe da ist, anzutreten. Da also die Legatarien auf diese Art **iuris successores** werden könnten, so könnten sie, meint Faber, nun auch nicht mehr als Testamentszeugen gebraucht werden. Allein dieser große Rechtsgelehrte hat nicht erwogen, daß wenn die Legatarien auch in diesem höchst seltnen Falle **iuris successores** werden, sie es doch nicht direct **ex testamento** werden, wie die **heredes scripti** und **substituti**, sondern **ex singulari legis dispositione** und gegen den Willen des Erblassers. Auf sie paßt also gar nicht der Grund, aus welchem directe Erben vom Testamentszeugniß ausgeschlossen sind, wie Ferd. Christph. Harpprecht[65]) sehr gründlich gegen Faber ausgeführt hat.

So wenig der Erbe bey dem Testamente, darin er instituirt worden ist, Zeuge seyn kann, eben so wenig kann

b) auch derjenige, der sich in desselben Gewalt befindet, auch nicht sein Vater, der ihn in seiner Gewalt hat, noch seine Brüder, die in desselben Vaters Gewalt sind, als Zeugen gebraucht werden, wie Justinian in dem oben angeführten §. **10.** ***J. de testam. ordin.*** sagt. Es heißt daselbst:

Sed neque heres scriptus, neque *is*, *qui in potestate eius est*, *neque pater eius*, *qui habet eum in potestate*, *neque fratres*, *qui in eiusdem patris potestate sunt*, testes adhiberi possunt.

65) **Diss. de testimon. testamentar. legatariis permisso §. V. (*Diss. academ.* Vol. I. pag. 1479 — 1482.)** S. auch Westphal von Testamenten. §. 197. S. 141.

Der Grund dieser Vorschrift ist, weil alle diese Personen mit dem Erben wegen der väterlichen Gewalt, wodurch sie mit ihm verbunden sind, juristisch eine Person ausmachen, darum kann ihr Zeugniß so wenig, als das Zeugniß des Erben selbst, gelten [66]). Wo also dieses Verhältniß aufgehoben ist, da können alle diese Personen gültige Testamentszeugen seyn [67]). Es hat daher keinen Zweifel, daß der Bruder des eingesetzten Erben, ja selbst der Sohn des Erben, wenn er **sui iuris** ist, so wie auch der Vater desselben, wenn sich der Erbe nicht mehr in väterlicher Gewalt befindet, als ein gültiger Testamentszeuge zugelassen werden könne [68]). Die bloße Verwandtschaft macht nicht unfähig [69]). Denn sollte ja daraus ein Verdacht entstehen, so wird dieser durch das Zeugniß der übrigen gehoben. Diese Meinung ist auch dem heutigen Gerichtsgebrauche gemäß [70]).

66) S. Harpprecht Diss. de testimonio testamentario heredi interd. Th. XIV. — XVI. (*Dissertation. academ.* Vol. I. pag. 1551. sqq.)

67) Man vergleiche hier vorzüglich *Arn.* Vinnii Commentar. ad §. 10. J. de testam. ordin. nr. 2. und *Sam. de* Cocceii ius civ. controv. h. t. Qu. XIII. pag. 253.

68) S. vorzüglich Harpprecht Disp. cit. Th. XVII. et XVIII. (*Dissertat. acad.* Vol. I. pag. 1553. sqq.) und *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 12. pag. 302.

69) *L. ult. D. de his, quae ut indign.* (XXXIV. 9.) S. Walch c. l. §. XI. pag. 300.

70) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 66. et 67. Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. XC. S. 327. f. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLV. Coroll. pag. 619. Anderer Meinung sind zwar Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. III. Def. 7

Die Notariatsordnung stimmt auch hierin ganz mit dem röm. Rechte überein. Es heißt darin Tit. von Testamenten §. 6.

„Item einer der in demselbigen Testament Erb geschrieben, oder der mit demselben in eines andern Gewalt wäre."

Aus gleichem Grunde darf endlich

c) der Testamentszeuge weder in der väterlichen Gewalt des Testirers, noch der Testirer in der väterlichen Gewalt des Zeugen, noch der Zeuge mit dem Testirer in desselben Vaters Gewalt seyn [71]). So lehrte schon Gajus [72]) beym Testamente **per aes et libram.** Er sagt:

In testibus autem non debet is esse, *qui in potestate est aut familiae emtoris, aut ipsius testatoris*, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emtorem agi

Struv Synt. iuris civ. Exerc. XXXII. Th. 13. Stryck Caut. testamentor. Cap. XV. §. 28. in fin. und andere. Allein diese Meinung ist längst verworfen, und schon von **Goswinus *ab* Esbach in Notis et Addition. ad *Carpzovium* pag. 381. Harpprecht cit. Disp. §. XIX. pag. 1555. Lauterbach c. l. §. 67.** besonders von ***Henr. Frid.* Otto in Tract. de testimonio fraterno testamentario contra communem doctorum opinionem. *Lipsiae* 1724. 4. Sect. III. — V.** und von den Gebr. Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Meditat. 193. hinlänglich widerlegt worden.

71) S. Westphal von Testamenten. §. 193.

72) *Commentar. II.* §. 105. *et* 106.

et testatorem: quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat: *itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium.*

Unde et si is, qui in potestate patris est, familiae emtor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest: at ne is quidem, qui in eadem potestate est, veluti frater eius. Sed si filiusfamilias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur, nec is, qui in potestate patris est.

Justinian hat dieses in seinen Institutionen §. 9. *de testam. ord.* mit Anwendung auf die neueren Privattestamente ganz kurz auf folgende Art zusammen gefaßt:

In testibus autem non debet esse, *qui in potestate testatoris est.* Set et si filiusfamilias *de castrensi peculio* post missionem faciat testamentum *nec pater eius recte adhibetur testis*, nec is, *qui in potestate eiusdem patris est:* reprobatum est enim in ea re *domesticum testimonium.*

Es ergiebt sich hieraus, daß die Verbindung der Zeugen mit dem Testirer auch nur in so fern schadet, als sie aus der väterlichen Gewalt entsteht, wird also dieses Verhältniß aufgehoben, so fällt das Hinderniß weg, welches der Gültigkeit des Zeugnisses im Wege stand. Wenn also

1) der Vater ein Testament macht, so kann bey Errichtung desselben der Sohn, wenn er zu der Zeit noch in der väterlichen Gewalt ist, nicht Zeuge seyn. Der Fall ließe sich überhaupt nur dann denken, wenn

der Sohn in dem Teſtamente wäre enterbt, und ihm ein Vermächtniß hinterlaſſen worden, welchen Fall Ulpian *L.* 20. *pr. D. h. t.* hat. Denn iſt er in dem Teſtamente eingeſetzt, ſo könnte er ſchon als Erbe nicht Zeuge ſeyn. Eben ſo, wenn er darin wäre präterirt worden, weil hier das Teſtament ſchon an ſich nichtig ſeyn würde. Es bleibt alſo nur der Fall einer Enterbung übrig, bey dem die Frage von der Gültigkeit des Zeugniſſes entſtehen könnte[73]). Nur hier würde das Verhältniß der väterlichen Gewalt ein Hinderniß machen. Wird nun dieſes durch Aufhebung der väterlichen Gewalt aus dem Wege geräumt, ſo ſteht der Gültigkeit des Teſtaments nichts mehr entgegen[74]). Denn Verwandtſchaft an ſich ſchadet nicht[75]); und ſeine Enterbung kann der Sohn ſogar mit eigener Hand ſchreiben[76]).

73) S. *Jo. Jac.* Wissenbach Commentar. ad Institut. Justin. (*Franequerae* 1700. 4.) Disputat. XVII. Th. 21. pag. 100. und beſonders *Arn.* Vinnius Commentar. ad §. 9. J. de testam. ordin. nr. 1.

74) S. *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 7. §. 17. *Jul,* Pacius Analys. Institution. Tit. de testam. ord. §. 9. *Everard.* Bronchorst *Εναντιοφανων* Centur. III. Assert. 23. pag. 292. *Ulr,* Huber Praelect. ad Instit. Lib. II. Tit. 10. §. 15. *Reinh.* Bachovius ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. X. Th. IV. lit. M. pag. 540. sq. *Ev.* Otto Comm. ad §. 9. J. de testam. ord. u. Hunnius Var. Resolut. iuris civ. Lib. II. Tr. V. Qu. 6.

75) S. Walch Introduct. in controv. iur. civ. pag. 268.

76) *L.* 8. §. 6. *D. de bonor. poss. contra tabb.* (XXXVII. Tit. 4.) Si quis *sua manu* se exheredem scripsit, an contra tabulas bonorum possessionem possit accipere, videamus: et Marcellus *libro IX. Digestorum* nocere ei hanc exheredationem ait.

2) Macht der Sohn ein Testament, so ist der Fall nur bey einem solchen Vermögen denkbar, worüber ein **filiusfamilias** testiren kann. Daher gedenkt Justinian auch nur des **peculii castrensis.** Hier lassen sich nun zwey Fälle gedenken. a) Der Sohn ist noch im Kriegsdienst. Hier kann er militärisch testiren. b) Der Sohn ist ohne Schimpf seines Militär-Dienstes entlassen worden. Hier muß der **filiusfamilias** sein Testament über das **peculium castrense** nach gemeinem Rechte machen. Nach dem neuern Rechte würde auch noch der Fall hieher zu rechnen seyn, wenn der Sohn zwar noch im Dienste ist, aber, wie Justinian[77]) sagt, **extra castra** testirt. Nun erst kann die Frage entstehen, ob der Vater bey dem Testamente seines Sohnes Zeuge seyn könne? Justinian entscheidet die Frage mit Recht verneinend, und fügt den Grund hinzu: *reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.* Daß hier unter *domesticum testimonium* ein solches Zeugniß verstanden werde, welches nicht von der Verwandtschaft, sondern von der Verbindung der Personen durch väterliche Gewalt seine Benennung erhält, also ein Zeugniß solcher Personen sey, welche wegen des Verhältnisses der väterlichen Gewalt, in dem sie zu einander stehen, juristisch eine Einheit bilden, hat uns Theophilus deutlich genug gesagt, und wird auch jetzt von unsern Rechtsgelehrten[78]) nicht anders erklärt. Hiermit steht nun aber eine Stelle in den Pandecten in

77) §. 3. *J. de militari testam.* (II. 11.)

78) *Jac.* Raevardus Varior. Lib. II. Cap. 8. Viglius Zuichemus Comm. ad §. 9. J. de testam. ord. *Jul.* Pacius Analys. Instit. ad eund. §. *Barn.* Brissonius de Verbor. Significat. v. *Domesticus. Car. Christph.* Hofacker Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1264.

offenbarem Widerſpruche. Es iſt die *L.* 20. §. 2. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt:

Per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui *de castrensi peculio* potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit? et MARCELLUS *libro decimo Digestorum* scribit, *posse:* et frater ergo poterit.

Viele[79]) haben mit der Gloſſe den Marcellus, dem hier auch Ulpian beyzuſtimmen ſcheint, mit Juſtinian ſo zu vereinigen geſucht, daß ſie dieſe Stelle von dem Falle erklären, wenn der Sohn vor ſeiner Entlaſſung militäriſch teſtirt. Allein dagegen hat ſchon Vinnius[80]) ſehr gründlich erinnert, 1) daß in dem Titel der Pandecten, dem dieſes Fragment iſt einverleibt worden, durchaus bloß von feyerlichen Privatteſtamenten die Rede ſey, an deren Form auch ein Soldat gebunden iſt, wenn er **extra castra** teſtirt. 2) Daß Ulpian überhaupt die Frage aufwerfe, ob bey dem Teſtamente eines **filiusfamilias**, der über ſein **peculium castrense** teſtiren will, der Vater Zeuge ſeyn könne?

79) VIGLIUS ZUICHEMUS c. l. nr. 6. *Franc.* BALDUINUS Comment. ad §. 9. J. de testam. ord. pag. 256. *Reinh.* BACHOVIUS Comm. ad §. 9. eund. Institution. *Conr.* RITTERSHUSIUS Commentar. nov. ad eund. §. pag. 232. *Jul.* PACIUS *Εναντιοφανων* s. Legg. conciliatar. Centur. X. Qu. 19. pag. 716. *Hug.* DONELLUS Comment. ad L. 21. C. de testam. nr. 12. pag. 368. *Corn. van* ECK Princip. iur. civ. sec. ord. Digest. h. t. §. Conditio autem testium. u. a.

80) Comm. ad §. 9. J. cit. nr. 4. Man vergl. auch *Jo. Jac.* WISSENBACH Disputation. ad Institut. imperial. Disp. XVII. Th. 23. pag. 101.

Er redet also offenbar von dem Falle, da der filiusfamilias iure communi testirt, ohne zu unterscheiden, ob er noch im Dienst ist, oder nicht. 3) Hätte Ulpian bloß den Fall gemeint, wenn der Sohn, als Soldat, militärisch testirt, so wäre die Frage ganz unnütz gewesen, weil dann der Sohn an gar keine Form gebunden ist. Aus allem erscheint also soviel, daß hier ein offenbarer nicht zu vereinigender Widerspruch zwischen diesen beyden Gesetzstellen vorhanden sey. Es kommt also nun noch auf die Frage an, welche von beyden Gesetzstellen der andern vorgehe? Auch hier sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Walch [81]) giebt den Pandecten den Vorzug, weil bey einem filiusfamilias, der ein peculium castrense hat, die väterliche Gewalt nicht in Betrachtung komme [82]). Allein die meisten, sowohl ältere als neuere, Rechtsgelehrten [83]) sind darin einverstanden, daß hier die Institutionen den Pandecten derogiren. Daß die Frage unter den römischen Rechtsgelehrten müsse streitig gewesen seyn, sieht man theils aus der Art, wie sich Ulpian geäußert hat, theils aus der Berufung auf Marcellus, dem er still-

81) Introd. in controv. iuris civ. pag. 301. sq.

82) *L. 2. D. de SCto Maced.*

83) *Franc.* Hotoman Commentar. in Instit. ad §. 9. cit. pag. 166. (*Lugduni* 1588. f.) *Ed.* Henryson Commentat. in tit. 10. libri II. Institut. de testam. ord. §. 9. (Tom. III. *Thes. Meermann.* pag. 440.) *Ulr.* Huber Praelection. iuris civ. ad Institution. Lib. II. Tit. 10. §. 15. *Em.* Merillius Commentar. ad §. VIII. J. de testam. ord. pag. 174. Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XXX. not. k. pag. 176. und *Christ. Frid.* Mühlenbruch doctrina Pandectar. Vol. III. §. 476. not. 8. pag. 73. (edit. *secund.*)

schweigend beytritt. Vorzüglich aber erscheint dieses aus der Vergleichung der oben angeführten Stelle aus des Gajus Institutionen, und es ist hier ganz offenbar, daß Justinian der Meinung des Gajus den Vorzug gab, weil er auch den Grund, den Gajus angeführt hat, wörtlich beybehielt. Es ist also hier der Fall, wo Justinian absichtlich von den Pandecten abweicht, und wo man also die Pandecten, als bloß historisch, zurücksetzen muß, welche ohnehin im Widerstreite den Institutionen schon darum weichen müssen, weil hier Justinian selbst spricht. Denn die Institutionen sind ein Originalwerk des Kaisers Justinian, und zwar das einzige, und, da sie erst nach den Pandecten verfertiget worden, so sind sie gleichsam eine Revision der bey Abfassung der Institutionen schon vollendet gewesenen Pandecten; daher die dogmatischen Sätze derselben unbedingt geltendes Recht liefern, während die Pandecten vielfach bloße Excerpte zu wissenschaftlichen Zwecken enthalten [84]). Der Grund, den man dagegen anführt, warum man hier den Pandecten den Vorzug geben will, fällt schon an sich in sein Nichts zusammen, wenn man erwägt, daß der **filiusfamilias** in Rücksicht des **peculii castrensis** nur in so fern **pro patre familias** gehalten wird, als er frey darüber disponiren, und insonderheit auch darüber testiren kann; aber die aus der väterlichen Gewalt entstehende Familien-Verbindung, wodurch das **domesticum testimonium** bey den Testamenten der auf diese Art mit einander verbundenen Personen ausge-

84) S. Thibaut civilist. Abhandlungen. VI. Abh. S. 95. f. Haubold Praecognita iuris Roman. priv. noviss. §. 16. und Schweppe röm. Privatrecht. 1. Bd. §. 46. S. 103. (der viert. Ausgab. Göttingen 1828. 8.)

schlossen wird, wird dadurch keineswegs aufgehoben [85]). Endlich kann auch

3) der Bruder des Testirers, der mit ihm noch in desselben Vaters Gewalt ist, nicht Zeuge bey dem Testamente seyn. Ulpian ist zwar auch hier anderer Meinung, wie aus der *L.* 20. §. 2. *D. h. t.* erhellet. Es gilt hier aber eben das, was bey dem vorigen Falle gesagt worden ist.

Das Verhältniß der väterlichen Gewalt kommt also bey den Zeugen nur in so weit in Betrachtung, als deswegen eine Einheit der Person zwischen ihnen und dem Testator oder dem Erben Statt findet. Ob hingegen die Zeugen unter sich in einem solchen Verhältniß der väterlichen Gewalt stehen, darauf kommt nichts an. Daher sagt Justinian §. 8. *J. de testam. ord.*

Pater, nec non is, qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

Diese Stelle ist wörtlich aus Ulpians *libro singulari Regularum* genommen, wie sowohl aus *L.* 17. *D. de testib.* als aus desselben *Fragm. Tit. XX.* §. 6. erhellet. Aus der Vergleichung dieser Quelle mit unserm Text ergiebt sich, 1) daß die gemeine Lesart *utique* [86])

85) §. 4. *J. Quib. mod. ius patr. potest. solvit.* (I. 12.) S. Vinnius c. l. nr. 3.

86) Wir finden diese Lesart bey Haloander, Russard, Charondas, Koberger, Baptista de Tortis, und bey mehreren Commentatoren, z. E. bey Viglius Zuichemus, Arnold Vinnius, und anderen.

testes, ſtatt *utrique* testes falſch ſey. Das *utrique* testes geht hier auf beyde Fälle, deren Juſtinian gedenkt. Der Sinn iſt: ein Vater und ſein Sohn, der ſich noch in ſeiner Gewalt befindet, desgleichen zwey Brüder, die in deſſelben Vaters Gewalt ſind, können beyde Zeugen zu einem Teſtamente ſeyn, weil es nichts ſchadet, aus einem Hauſe mehrere Zeugen zu einem fremden Geſchäft zu brauchen, das heißt, wenn auch die Zeugen unter ſich durch väterliche Gewalt verbunden ſind. 2) Daß man auch nicht Urſach habe, mit Franz Hotoman die Worte: *in uno testamento* für eine Interpolation vom Tribonian, und die von ihm vorgeſchlagene Lesart in *alieno* testamento für beſſer zu halten. Ulpian ſagt in der Pandectenſtelle: testes utrique *in eodem testamento* vel eodem negotio fieri possunt. Nur in den letzten Worten hat Theophilus ſtatt alieno *negotio* die Worte: *ἐν ἀλλοτρίᾳ διαθήκῃ*, in alieno *testamento*. Der Grundſatz ſteht alſo feſt: Die Verbindung der Teſtamentszeugen unter ſich ſchadet nicht, wenn ſie ſich auch auf väterliche Gewalt gründen ſollte. Daher kann ein Zeuge in des andern Zeugen väterlichen Gewalt ſeyn, ja es würde ein Vater mit ſeinen ſechs mündigen Söhnen die vollgültige Zahl der ſieben Zeugen bey einem feyerlichen Privatteſtamente ausmachen [87]). Eben dieſes beſtärkt Ulpian noch an einem andern Orte, nämlich *libro XXXIX. ad Edictum* [88]), wo er ſagt:

87) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 445. a. E. S. 477. und Zachariä Inſtitutionen des röm. Rechts Lib. II. Tit. 10. S. 478. Anmerk. *).

88) *L. 22. pr. D. h. t.*

Ad testium numerum simul adhiberi possumus ego et pater et plures, qui fuimus in eiusdem potestate.

Uebrigens ist es außer allem Zweifel, daß derjenige, welchem der Testator sein Testament zu schreiben aufgetragen hat, auch zugleich als Testamentszeuge gebraucht werden könne. Er muß nur das Testament mit unterschrieben haben[89]). Man kann es also freylich dem Juventius Celsus nicht verdenken, wenn er auf eine in einem so unbezweifelten Falle ihm zur Begutachtung vorgelegte Frage die derbe Antwort gab[90]), welche wir *L.* 27. *D. h. t.* lesen, die aus desselben *libro XV. Digestorum* genommen ist:

***Domitius Labeo* CELSO suo salutem. Quaero, an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, item quoque, cum tabulas scripsisset, signaverit? JUVENTIUS CELSUS *Labeoni* suo salutem. Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris[91]), aut valde[92]) stulta**

89) S. *Jo. Gotth.* Hübner Disputation. iuris civ. lib. I. Cap. 5. pag. 68—74. und F. Kämmerer Beyträge zur Geschichte und Theorie des röm. Rechts. (Rostock 1817. 8.) Nr. III. S. 208—227.

90) Man sehe *Ev.* Ottonis Servius Sulpicius. (*Trajecti ad Rhen.* 1737. 8.) Cap. IV. §. 5. pag. 52. sq. (in *Thes. Otton.* Tom. V. pag. 1578.) und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. V. pag. 12. et ad Eundem Smallenburg pag. 13.

91) Dieser Lesart giebt Brenkmann vor der florentinischen *consuleris* den Vorzug, wenn man nicht lieber consulis lesen will.

92) Die Florentine liest *valide* statt valde. Dieses Wort kommt

est consultatio tua. Plus enim quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.

Daher das Sprüchwort: Quaestio Domitiana [93]). Auch nach der Notariatsordnung Maximilians I. Tit. von Testamenten §. 2. soll der Notarius, der bey einem Testament zugezogen worden, zu den sieben Zeugen mitgezählet werden.

Wenn Hellfeld noch zuletzt den Satz aufstellt, daß zwar zur feyerlichen Errichtung des Testaments sieben Zeugen erfordert würden, zum Beweise desselben aber zwey Zeugen hinreichend wären; so ist diese Meinung schon längst an einem andern Orte [94]) hinlänglich widerlegt worden.

§. 1414.

Einheit der Handlung.

Ein zweytes allgemeines Erforderniß bey regulären Privattestamenten ist die Einheit der Handlung (unitas actus) [95]). Diese besteht darin, daß der feyer-

auch *L.* 4. §. 3. *D. de aedilit. Edicto* vor. Allein *Pet.* Pithoeus hat es in seinen Index glossar. et vocum. rarior. quae in iuris Rom. libris occurrunt (in *Thes. Meermann.* Tom. I. pag. 357.) aufgenommen. Die meisten Ausgaben lesen daher valde.

93) *Aug. Frid.* Schott Diss. de quaestione Domitiana. *Lipsiae* 1771.

94) S. den 7. Th. dieses Commentars. §. 563. S. 504. ff. Man sehe auch noch Haubold ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. III. Not. v. pag. 367.

95) S. vorzüglich *Ulr.* Huber Praelect. iuris civ. ad Institut. Lib. II. Tit. 10. §. 8. *Hug.* Donellus Commentar. de

liche Act der Testaments-Errichtung vom Anfange bis zum Ende ununterbrochen, ohne Einmischung eines fremden mit der Testamentshandlung in keiner Verbindung stehenden Geschäfts, vor sich gehe, wofern nicht unvermuthete Zufälle, oder Natur-Bedürfnisse eine kurze Unterbrechung nothwendig machen[96]). Einheit der Handlung betrifft also bloß die Vollziehung des feyerlichen Testamentsacts, wenn nämlich der Testirer seinen letzten Willen vor den versammelten Zeugen erklärt, nicht den Entwurf und die Verfassung des Testaments, diese hängt von seiner Bequemlichkeit ab. Er kann an seinem Testamente schreiben, ändern, und bessern, so lange er will. Ja es können wohl Jahre hingehen, ehe das entworfene Testament zur Solennisirung desselben den Zeugen vorgetragen wird. Dieß ist der Einheit der Testamentshandlung nicht entgegen[97]). Die Kaiser Theodos und Valentinian sagen dieses selbst in der *L.* 21. *pr. C. de testam.*

In omnibus autem testamentis, quae praesentibus, vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem, et

iure civ. Lib. VI. Cap. 8. §. 6. et 7. (Vol. III. edit. noviss. *Norimberg.* pag. 326. sq.) und *Alb. Diet.* Trekell de origine et progr. testamenti fact. Cap. III. §. 57. pag. 194. sq.

96) Einheit der Handlung war bey den Römern von jeher ein wesentliches Erforderniß aller solennen Handlungen. Daher leitet Justinian §. 3. *J. de test. ord.* dieselbe aus dem Civilrechte her. S. Trekell c. l. §. 19. pag. 108. sq.

97) S. *J. H.* Boehmer Introd. in ius Digest. h. t. §. 29. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 444. S. 474. und Westphal von Testamenten. §. 215. a. E. S. 353.

testes adhiberi, et dictare suum arbitrium, et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficiet *uno tempore, eodemque die, nullo actu extraneo interveniente, testes omnes, videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum.*

Die Einheit der Testamentshandlung erfordert also

1) gleichzeitige Gegenwart der Zeugen. Die Kaiser Theodos und Valentinian bestätigen dieses in der angeführten Constitution wiederholt, wo es heißt:

Quo facto, et testibus *uno eodemque die ac tempore* subscribentibus et consignantibus, testamentum valere.

2) Das Beysammenbleiben der Zeugen und des Testirers, bis die Handlung der Testamentserrichtung vollendet ist. Hierher gehört, wenn Ulpian *L.* 20. §. 8. *D. h. t.* sagt:

Et veteres putaverunt, eos, qui propter solemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur.

3) Nichteinmischung eines fremdartigen Geschäfts, welches mit der Testamentshandlung in keiner Verbindung steht, und nicht von der einseitigen Willenserklärung des Testirers abhängt.

L. 21. §. 3. *D. h. t.* ULPIAN. *libro. II. ad Sabinum. Uno contextu actus* **testari oportet: est autem *uno contextu*, nullum actum alienum testamento intermiscere, quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.**

Das Testament würde daher ungültig seyn, wenn während der Errichtung desselben mit einem Dritten ein Contract wäre geschlossen worden [98]). Der Pfandcon-

98) S. *Helf. Ulr.* Hunnius Variar. Resolution. iuris civ. Lib. II. Tract. V. Qu. 4. pag. 456. *Ever.* Bronchorst *Εναντιοφανων* Centur. III. Assert. 22. pag. 291. und *Sam. de* Cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. 10. P. II. pag. 251. Man pflegt gewöhnlich hier die *L.* 20. *D. de Verb. Signif.* als Beweisstelle anzuführen, z. B. Bronchorst c. l. auch *Alber.* Gentilis in Commentario in Tit. Dig. de Verbor. Signif. ad h. L. pag. 57. und noch unter den neuern von Hartitzsch im Erbrecht §. 52. Not. d. S. 48. Allein wenn Ulpian daselbst sagt: Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi ius, so bezieht sich dieses auf das Edict des Prätors von der Restitution der Gläubiger gegen die von ihrem Schuldner erlittene capitis deminutio minima, welches Ulpian *libro XII. ad Edictum* erklärt hat, woraus diese Stelle, wie die Inscription zeigt, genommen ist. S. *Jo.* Goeddaei Commentar. repetit. praelect. in tit. XVI. libri L. Pandectar. de Verbor. Signif. ad h. L. 20. pag. 300. sqq. (*Sigenae Nassovior.* 1597. 8.) und *Jac.* Cujacii Commentar. ad eund. tit. et eand. Legem. pag. 63. (*Francof.* 1595. 8.) Dieses Edict, wovon ich im 6. Th. §. 466. gehandelt habe, kam den Gläubigern nur dann zu Statten, wenn die Forderungen derselben an den Schuldner, welcher die capitis deminutio erlitten hatte, aus Contracten oder solchen Verhältnissen entstanden waren, wodurch *obligationes quasi ex contractu* begründet werden, nur in diesem Falle gab ihnen der Prätor die Restitution, als wenn gar keine capitis deminutio geschehen wäre. *L.* 2. §. 1. *D. de capite minut.* Eine solche Restitution gab hingegen der Prätor nicht den eingesetzten Erben, wenn der Testirer nach Errichtung des Testaments eine capitis deminutio minima durch Arrogation erlitten, und das Testa-

tract macht hier keine Ausnahme, wie Westphal[99]) meint. Denn wenn Ulpian *L.* 26. *D. de pign. act.* sagt: testamento quoque pignus constitui posse, wie Septimius Severus und Antoninus Caracalla rescribirt haben, so will dieß nicht soviel sagen, als ob, der Gültigkeit des Testaments unbeschadet, während der Errichtung desselben ein Pfandcontract mit dem Gläubiger des Testirers geschlossen werden könne. Nein, der Testator kann nur in seinem Testamente verordnen, daß ein Dritter zur Sicherheit seiner Forderung gewisse Sachen, die er etwa von dem Testator aus irgend einem rechtlichen Grunde, jedoch nicht als Pfand, in Händen hat, so lange als ein Faustpfand behalten, oder daß ihm nach dem Tode des Erblassers gewisse namentlich bestimmte Sachen als ein Pfand von dem Erben überliefert werden sollen, bis er seiner Forderung wegen befriediget seyn wird. Hier bleibt immer die Erklärung des Testirers eine einseitige, denn er macht sich dadurch nicht verbindlich. Seine Erklärung ist hier nichts anders, als ein Vermächtniß[100]). Der Gläubiger des Testirers kann in dem ersten Falle, wenn der Erbe die Sachen nach dem Tode des Erblassers zurückfordern will, ohne ihn befriedigt zu haben, demselben die **exceptio doli mali ent-**

ment dadurch **irritum** geworden war. §. 4. *J.* ***Quib. mod. testam. infirm.*** (II. 17.)

99) Theorie des R. R. von Testamenten. §. 177.

100) S. *Lud* Charondas *Πειθανων* s. Verisimil. Lib. II. Cap. 10. §. *Superest.* (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 756.) und *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Lb. XX. Tit. 1. §. *Reliquum est.* (*Opp.* Tom. II. pag. 446.) Vergl. auch den 18. Theil des Commentars. §. 1077. S. 186. ff.

gegensetzen, in dem letztern Falle aber gegen den Erben mit der **actio personalis ex testamento** klagen, daß er ihm die in dem Testamente bestimmten Sachen, dem Willen des Erblassers gemäß, als ein Pfand überliefere. Von einer solchen Pfandbestellung kann man daher mit Ulpian sagen, sie ist **aliquid ad testamentum pertinens**, welche also der Gültigkeit des Testaments auf keine Weise schaden kann.

Nur kurze Unterbrechungen, die durch unvermuthete Zufälle, oder dringende Naturbedürfnisse veranlaßt wurden, schaden der Gültigkeit des Testaments nicht, sie mögen vom Testirer, oder von den Zeugen ausgehen, ja wenn auch einem der Zeugen so Etwas begegnen sollte, daß er der Testamentshandlung nicht länger beywohnen könnte; so kann, mit Entfernung eines solchen Zeugen, ein anderer an dessen Stelle gesetzt werden, in welchem Falle aber freylich, um diesen in Kenntniß zu setzen, alles, was bereits vor seiner Gegenwart geschehen ist, von dem Testirer wiederholt, oder von einem der Zeugen vorgetragen werden muß, als wenn alles von Anfang an, in seiner Gegenwart geschehen wäre. Ist nun dem neuen Zeugen dieß alles eröffnet worden, so muß nun derselbe mit den übrigen Zeugen das, was noch ihrer Seits nöthig ist, vornehmen, also das Testament noch unterschreiben und siegeln, wenn es gleich schon zum Theil von den übrigen Zeugen geschehen wäre. Es gehört hieher die sehr merkwürdige Constitution des Kaisers Justinian vom J. **530**, welche in der *L.* **28.** *C. de testam.* folgendermaßen lautet:

Imp. JUSTINIANUS A. *Juliano* **P. P. Cum antiquitas testamenta fieri voluerit nullo actu interveniente, et huiusmodi verborum compositio, non rite**

interpretata, pene in perniciem, et testantium, et testamentorum processerit: sancimus in tempore, quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur, vel ultima quaedam dispositio secundum pristinam observationem celebratur, nihil enim ex ea penitus immutandum esse censemus, ea quidem, quae minime necessaria sunt, nullo procedere modo: quippe causa subtilissima proposita [1]), ea quae superflua sunt, minime delent intercedere. Si quid autem necessarium evenerit, et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat, vel testatori, vel testibus: non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis [2]), quod

1) D. h. da der Gegenstand des Vortrags eine sehr wichtige und alle Aufmerksamkeit erfordernde Sache ist, so muß alles Ueberflüssige dabey wegbleiben. Sollte aber ja eine Handlung der Nothwendigkeit eintreten, welche den Körper desjenigen betrifft, der sie leidet, z. B. wenn einem Hungernden etwas zu Essen, oder einem Durstenden etwas zu Trinken gegeben wird, oder wenn einem Kranken eine Arzney gereicht, oder ein äußeres Mittel, ein Pflaster oder Verband, aufgelegt wird, durch dessen Unterlassung die Gesundheit des Testators oder der Zeugen in Gefahr kommen könnte, oder wenn es dem Testator oder den Zeugen aus einem unaufhaltbaren Drange der Natur ankommen sollte, eine Ausleerung des Körpers von dem, was ihn als Ueberfluß beschwert, zu verrichten, so soll, wegen einer solchen kurzen Unterbrechung der Testamentshandlung, das Testament nicht für ungültig gehalten werden.

2) Morbus comitialis, oder, wie Celsus *de Medicina* Lib. III.

et factum esse comperimus, ui ex testibus contigerit, sed eo, quod urget, et inminet, repleto, vel deposito, iterum solita per testamenti factionem, adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat, testibus paulisper seperatis, cun coram his facere aliquid naturale testator erubescat: iterum introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam, vel quosdam testium aliquid tale contingat: si quidem ex brevi

Cap. 23. dieſe Krankheit nennt, morbus maior, iſt das, was man die fallende Sucht nennt, bey den Griechen ἐπιλημψία. Ihrer gedenken Plinius *Histor. Natur.* Lib. XXV. Cap. 5. Sect. 21. prop. in. et Sect. 24. und Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XVII. Cap. 15. in fin. auch die römiſchen Juriſten in den Pandecten. *L.* 53. *D. de aedilit. Edicto*, und *L.* 1. §. 1. *D. de auct. et cons. tut. et curat.* Sie heißt auch bey den Alten morbus caducus, sacer, Herculeus. Den Namen *comitialis* hat dieſe Krankheit daher erhalten, quod comitia probibere i. e. vitiare solebat, wie Festus voc. *Prohibere comitia* ſagt. S. *Sam.* Pitisci Lexic. Antiquitat. Roman. Tom. I. voc. *Morbus comitialis* pag. 597. und *Barn.* Brissonius de Verbor. Signif. *eod. verb.* pag. 220. Sollte nun etwa einer der Zeugen während der Teſtamentshandlung mit dieſer Krankheit befallen werden, ſo ſoll auch ſogar dieſe Krankheit, die doch die Comitien hinderte und aufhob, dennoch die Teſtamentshandlung, inſofern ſie bald vorüberging, nicht dergeſtalt unterbrechen, daß daraus eine Ungültigkeit des Teſtaments entſteht, ſondern, wenn das, was die Nothwendigkeit erforderte, geſchehen und verrichtet iſt, ſo ſoll das Uebrige, was noch zur gewöhnlichen Feyerlichkeit der Teſtamentshandlung erfordert wird, vollendet werden, dieß heißt hier iterum *solita* per testamenti factionem adimpleri. S. *Hug.* Donelli Commentar. ad L. 21. Cod. de testam. nr. 19. pag. 370.

temporis intervallo necessitas potest transire: iterum eorundem testium reversum expectari, et solemnia peragi sancimus. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indigeat, et maxime si salus testatoris periclitantis immineat: tunc illo vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniet, separatis, alios surrogari, et ab eo vel ab eis tam testatorem, quam alios testes sciscitari, si ea, quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum: iubemus, tunc eos, vel eum una cum aliis testibus, ea quae oportet, facere, etsi in medio subscriptiones testium iam fuerant subsecutae. Sic enim et naturae medemur, et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.

Um jedoch beurtheilen zu können, ob die Testamentshandlung zu einer Zeit und ununterbrochen vorgenommen worden sey, muß man wissen, wenn die Feyerlichkeit der Handlung ihren Anfang nimmt, und wenn sie geendiget ist [3]). Hier ist nun ein Unterschied zu machen zwischen einem schriftlichen und mündlichen Testamente. Bei dem erstern nimmt die Feyerlichkeit der Testamentshandlung ihren Anfang, wenn der Testirer mit den dazu erbetenen sieben Zeugen an einem Orte zusammenkommt, und ihnen seinen schriftlich verfaßten letzten Willen mit der Erklärung, daß es sein Testament sey, vorlegt, und sie bittet, es zu unterschreiben und zu besiegeln; sie endiget sich, wenn alle Zeugen

3) S. Trekell Tr. de orig. et progr. testamenti fact. Cap. III. §. 57. pag. 195. und *Ulr.* Huber Praelect. iur. civ. ad Institut. Lib. II. Tit. 10. §. 10.

unterschrieben und gesiegelt haben[4]). Bey einem mündlichen Testamente hingegen nimmt die Handlung ihren Anfang, wenn der Testirer vor den gleichzeitig versammelten sieben Zeugen erklärt, er wolle ein mündliches Testament errichten, und die Zeugen ersucht, seinen letzten Willen anzuhören. Sie endiget sich, wenn der Testirer mit seiner Erklärung fertig ist[5]).

§. 1415.

Eigene Förmlichkeiten eines schriftlichen Testaments.

Außer den bisher erklärten allgemeinen Erfordernissen aller förmlichen Privattestamente, giebt es nun noch eigene Förmlichkeiten bey schriftlichen und mündlichen Testamenten.

I) Ein schriftliches Testament erfordert nun 1) einen schriftlichen Aufsatz, welcher den letzten Willen des Testirers enthält. Daß der Testator das Testament selbst geschrieben haben müße, welches man testamentum *holographum* nennt, ist nicht nöthig, er kann es auch durch einen Andern schreiben lassen, testamentum *allographum*[6]). Letzteres geschahe bey den Römern häufig, Wen man dazu gebrauchte, war gleichviel, man konnte sich sogar der Hand eines fremden Sclavens bedienen[7]). Man dictirte es auch wohl einem

4) *L.* 21. *pr. Cod. de testam.*

5) *L.* 21. §. 2. *C. eodem.*

6) S. Heineccius Antiquitat. Roman. Lib. II. Tit. 10. §. 9. und *God. Dan.* Hoffmann Observation. quaed. testamentar. Obs. VIII.

7) *L.* 28. *D. h. t.* Westphal von Testamenten. §. 16. und §. 207.

Andern in die Feder[8]). Ein solcher Schreiber des Testaments wird in den Gesetzen **testamentarius** genennt[9]). Um aber bey dem schriftlichen Aufsatze nichts zu versehen, zog man auch wohl einen Rechtsgelehrten zu Rathe[10]), der denn auch gewöhnlich das Testament selbst aufsetzte[11]). Nach dem Rechte des Codex[12]), welches Justinian auch, jedoch nur unvollständig, in den Institutionen[13]) wiederholt hat, sollte der Testator, wenn er das Testament von einem Andern hat schreiben lassen, wenigstens den Namen des Erben, um alle Verfälschung zu verhüten, mit eigener Hand schreiben, oder, wenn er dieses nicht vermöchte, denselben in Gegenwart der Zeugen mündlich aussprechen, und diese sollten dann den Namen bey ihrer Unterschrift, um ihn nicht zu vergessen,

8) *L.* 9. *pr. D. de hered. instit. L.* 40. *pr. D. de testam. milit. L.* 15. *pr. D. de lege Cornel. de falsis. L.* 102. §. 1. *D. de legat.* (XXXII.)

9) *L.* 9. §. 3. *D. de hered. instit. L.* 1. *pr. D. Si quis aliq. testari prohib. L.* 3. §. *ult. D. ad SCtum Trebell. L.* 15. §. *ult. L.* 22. §. 10. *D. de lege Corn. de fals.* S. Brissonius de Verb. Signif. voc. *Testamentarius.* Besonders de formulis et solemnib. Pop. Rom. verbis. Lib. VII. Cap. 4. pag. 560. (edit. *Bachii.*).

10) Cicero *de Oratore Lib. II. cap.* 6. *L.* 88. §. 17. *D. de legat. XXXI.*

11) Brissonius de formul. Lib. VII. cap. 5. pag. 561. und *Jo. Frid. van* Leeuwen Diss. de iuris studiosis. P. II. (*Trajecti ad Rhen.* 1758.) §. 5. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. nov. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 407.) Man sehe auch Heineccius Antiquitat. Rom. Lib. II. Tit. 10. §. 8.

12) *L.* 29. *Cod. de testam.*

13) §. 4. *J. de testam. ord.*

ausdrücklich mit bemerken. Justinian hat aber nachher diese Verordnung selbst wieder abgeändert durch die Novelle 119. Kap. 9. [14]) in welcher er verordnet, daß wenn der Testirer das Testament von fremder Hand schreiben läßt, es nicht mehr nöthig seyn solle, daß er den Namen des Erben selbst schreibe, sondern in diesem Falle könne der Name auch von fremder Hand gültig geschrieben werden. Auf die Materie, worauf das Testament geschrieben wird, kommt übrigens nichts an. Justinian sagt §. 12. *J. de test. ord.* **Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an in charta, membranave, vel in alia materia fiat.** Ursprünglich bediente man sich jedoch bey schriftlichen Testamenten hölzerner mit Wachs überzogener Tafeln [15]); daher die Ausdrücke **bonorum possessio secundum tabulas, contra**

14) Es heißt daselbst nach Homberg's Uebersetzung: **Quoniam vero antea legem tulimus, ut testatores vel propria manu, vel per testes nomina heredum in testamentis scribant, cognovimus autem per subtilitatem illam multa testamenta subversa esse, — iubemus, ut illis quidem, qui volunt, haec in testamentis suis observare liceat. Sin autem haec non observaverint, sed secundum veterem consuetudinem testentur: sancimus, *ut etiam sic testamentum firmum sit, sive quis ipse, sive per aliam personam nomen heredis scripserit: modo testator reliqua solennia in testamento observet.*** Aus dieser Novelle ist die *Auth.* **Et non observato.** *Cod. de testamentis* (VI. 23.) die der *L.* 19. daselbst beygefügt ist, excerpirt worden.

15) S. *Ge. Lud.* **Boehmer** Comm. testamenti signati et subscripti a testibus in involucro vis et auctoritas vindicata. *Goett.* 1746. 4. §. 2. (*Elector. iur. civ.* Tom. I. pag. 39.)

tabulas, auch contra lignum [16]), cerati codicilli [17]), ultimae cerae [18]), ligneae tabulae [19]). Noch Justinian gedenkt dieser tabulae. Claud. Salmasius [20]) hat daher offenbar Unrecht, wenn er behauptet, daß sich nach den Zeiten des Kaisers Constantin des Großen gar keine Spuren mehr vom Gebrauche der wächsernen Tafeln fänden, weshalb ihn schon Anton Schulting [21]) widerlegt hat. In der Folge brauchte man Pergament, oder auch Papier, wovon es sehr verschiedene Arten gab, welche durch eigene Namen von einander unterschieden wurden, z. B. chartae *Augustae*, *Livianae*, *Claudiae*, *Faniae*, *Taeniaticae*, und mehrere andere [22]);

16) *L.* 19. *D. de bonor. possess. contra tabb.* (XXXVII. 11.)

17) *L.* 52. *D. de legat. XXXII.* Quinctilian. *Instit. Orat.* Lib. X. cap. 3.

18) Martialis *Lib. IV. Eprigr.* 26. S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Cerae.*

19) *L.* 1. *D. de bonor. poss. sec. tabb.* (XXXVIII. 11.)

20) De subscribendis et signandis testamentis. Cap. XXVII. pag. 270. (*Lugd. Batav.* 1653. 8.)

21) Jurispr. Antejust. ad Ulpiani *Fragm.* Tit. XX. §. 9. not. 27. pag. 629. Man vergleiche auch Heineccii Antiquitat. Roman. Lib. II. Tit. 10. §. 12. not. f. und füge noch hinzu §. 3. *J. de pupill. substit.* (II. 16.)

22) S. Plinius *Histor. Natur.* Lib. XIII. cap. 11. et 12. *Guid.* Pancirolli Rer. Memorabil. Lib. II. Tit. 13. und Sallmuth Commentar. ad *Eundem* pag. 258. sqq. Ge. Fried. von Wehrs vom Papier. Halle 1789. 8. und Ergänzungen. Ebendaselbst 1790. 8. auch *Thom. Christ.* Tychsen Commentat. I. et II. de chartae papyraceae in Europa per medium aevum usu (in *Commentationib. societat. reg. scientiar. Goetting. recentior.* Vol. IV. (1819.) Class. hist. et philolog.

auch wohl Baumrinden[23]), und Elfenbein[24]). Nun ward aber auch der Ausdruck *tabulae testamenti* in einer so ausgedehnten Bedeutung genommen, daß man darunter jede Art von Schreibmaterie verstand. Dieß lehrt uns Ulpian, wenn er *libro XXXIX. ad Edictum*[25]) sagt: ***Tabulas testamenti* accipere debemus *omnem materiae figuram*. Sive igitur *tabulae* sint ligneae, sive cuiuscunque alterius materiae, sive chartae, sive membranae sint, vel si corio alicuius animalis[26]): *tabulae* recte dicentur.** Wenn derselbe

23) Nämlich von solchen Bäumen, die eine besonders dünne Rinde hatten, welche sich, wie Papier behandeln ließ. Von dieser Art waren die *phylira* und *tilia*, deren Plinius *Hist. Nat.* Lib. XIII. Cap. 11. und Lib. XVI. cap. 14. Isidorus *Etymol.* sive *Origin.* Lib. VI. Cap. 13. und Lib. XVII. Cap. 6. Servius ad *Virgilium* Aeneid. XI. v. 554. Ulpianus *L.* 52. *pr. D. de legat. XXXII.* und Paulus *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. §. 87. Erwähnung thun. S. auch *Sam.* Pitisci Lexic. Antiquitat. Romanar. Tom. III. voc. *Philyra* pag. 76. *Henr.* Salmuth Comm. ad *Pancirolli* Rer. Memorabil. Lib. II. Tit. 13. pag. 252. sq. *Chr. Gottl.* Schwartz Disp. II. de ornamentis librorum veter. §. 3. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 6. §. 87. not. 10. pag. 377. und Pothier Pandect. Justin. Tom. II. de legatis Nr. CCCCXCIII. not. a. pag. 375.

24) *L.* 52. *pr. D. de legat. XXXII.* Theophilus *Paraphr. gr. ad* §. 12. *J. de testam. ord.* *Christ. Gottl.* Schwarz Diss. de ornamentis codicum veterum. *Altorfii rec.* 1733. §. IV. und Desselben Diss. II. de ornamentis libror. apud veteres usitatis. §. III.

25) *L.* 1. *pr. D. de bonor. poss. sec. tabb.* (Lib. XXXVII. 11.)

26) Ulpian unterscheidet hier *corium animalis* von *membra-*

Ulpian *libro XLII. ad Edictum*[27]) sagt, ein Testament sey gültig, wenn es auch *in opisthographo* geschrieben wäre, und es könne daraus eine **bonorum possessio** gesucht werden; so versteht man unter *opisthographum* gewöhnlich ein solches Papier, dessen

nae. Eben so **Theophilus** *in Paraphr. graeca* **ad §. 12. J. de test. ord.** wo es heißt: *ἐν δέρματι, in corio.* *Leo* **Allatius** **in Animadversionib. in Antiquitatum Etruscar. fragmenta. Nr. LXIII. pag. 114.** giebt uns darüber Aufschluß. Er sagt: *Membrana* ist eine feine Pergamenthaut, *Corium* aber eine Thierhaut, die zwar gargemacht, aber noch nicht ganz zu Pergament verarbeitet, sondern noch auf der äußern Seite rauh und haarig ist, so daß sie nur auf der innern Seite beschrieben werden kann. Es bemerkt jedoch **Sallmuth** **in Comm. ad *Pancirollum* Lib. II. Tit. 13. pag. 253.** daß das Wort *corium* nicht bloß eine Thierhaut, sondern jede Bedeckung eines Körpers, also auch Baumrinde bedeute. **Plinius** ***Hist. nat.*** **Lib. XV. cap. 18. et Lib. XIII. cap. 12.** **Cato** ***de Re Rust.*** **Cap. 18.** In dieser letzten Bedeutung scheint das Wort *corium* Ulpian ***L. 52. pr. D. de legat. XXXII.*** genommen zu haben, wenn er daselbst sagt: *librorum* **appellatione continentur omnia volumina, sive in charta, sive in membrana sint, sive in quavis alia materia: sed et si in *philyra*; aut in *tilia*, ut nonnulli conficiunt, aut *in quo alio corio*, idem erit dicendum.** Hier kann dem Zusammenhange nach, **corium** nichts anders, als Baumrinde, bedeuten. Es ist daher nicht nöthig mit *Jo. Guil.* **Hoffmann Meletemat. s. Observat. variar. ad Pandect. Diss. XXVI. §. 6.** das **corio** mit *cortice* zu vertauschen. Man sehe ***Jos. Lud. Ern.*** **Püttmann Melematum iuris civ. Specim. I. (*Lipsiae* 1771. 4). Cap. VII. §. 3. (in Ejus Opusc. pag. 181. sqq.)**

27) ***L. 4. D. de bonor. poss. sec. tabb.*** **(XXXVII. 11.)**

eine Seite schon zuvor mit etwas anderem beschrieben ist [28]). Allein eigentlich heißt *opisthographum*, oder charta *opisthographa* ein solches Papier, welches auf beyden Seiten, der Vorder- und Rückseite, beschrieben ist, aus dem Griechischen *ὄπισθεν*, a tergo, und *γράφω*, scribo [29]). In dieser Bedeutung nimmt das Wort auch Plinius [30]), wenn er von den Schriften seines fleißigen Onkels schreibt, er habe ihm **electorum commentarios centum sexaginta** hinterlassen, *opisthographos* **quidem, et minutissimis scriptos**, welches der hochgefeyerte Jubelgreis, Ritter von Schäfer [31]) sehr treffend übersetzt hat, er habe **160** Hefte Collectaneen hinterlassen, die noch überdieß auf beyden Seiten und sehr klein geschrieben sind. Es war dieß allerdings etwas Besonderes. Denn gewöhnlich pflegten die Römer nur die eine, nämlich die innere Seite des Papiers, zu be-

28) S. Textor Diss. de opisthographo, und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 448. S. 480.

29) Man vergleiche *Jo.* Corasius Miscellaneor. iuris civ. Lib. I. cap. 18. *Barn.* Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Opisthographus*, und *Sam.* Pitisci Lexic. Antiquit. Romanar. Tom. II. voc. *Opisthographa* pag. 692. *Jac.* Cujacius Observat. Lib. VIII. cap. 15. führt noch eine Stelle vom Theodorus Hermopolites ad *L.* 99. *D. de Verb. Signif.* an, welcher eine Quittung, die auf den Rücken des Chirographums geschrieben worden, *λύσιν ὀπισθόγραφον* nennt. Man vergl. noch besonders Trotz ad *Hugonem* de prima scribendi origine (*Trajecti* 1738. 8.) pag. 348.

30) *Epist. Lib. III. Epist.* 5. nr. 17.

31) S. Desselben Uebersetzung der Briefe des Plinius 1. Bd. S. 159. (der 2. Aufl.)

schreiben, nicht die Rückseite [32]). Die Römer bedienten sich nun seit August vorzüglich des aegyptischen Papiers (**Papyrus**) [33]), aus dem Stamme einer binsenartigen Sumpf-Pflanze verfertiget. Dieses hatte die besondere Eigenschaft, daß es nur eigentlich auf der innern Seite zum Schreiben gebraucht werden konnte; die Römer hatten aber ein Mittel erfunden, es auch auf der äußern oder Rückseite so zu glätten und zuzubereiten, daß darauf ganz bequem und leserlich geschrieben werden konnte. Ein solches Papier, was auf beyden Seiten beschrieben werden konnte, hieß dann **charta** ***opisthographa***, oder ***adversaria***, eine Schrift aber, deren Blätter auf beyden Seiten beschrieben waren, ***opisthographum*** [34]). Das ägyptische Papier, dessen sich die Römer bedienten, konnte nun nicht, wie das heutige Papier, in Falten zusammengelegt werden, sondern die Blätter wurden cylinderförmig zusammengerollt, und solche Rollen nannte man **volumina** [35]). Daher erklärt sich, warum sie bloß

32) S. *Guid.* **Panciroli** Thesaus. variar. Lection. utriusque iuris. (*Lugduni* 1617. 4.) Lib. II. Cap. 108. pag. 279.

33) **Plinius** *Hist. natural.* Lib. XIII. cap. 22. sq. **Salmasius** de subscribend. et signand. testam. Cap. 10. pag. 110. et Cap. 27. pag. 271. **Idem** de modo usurarum. Cap. 10. pag. 401. sqq. Besonders Hugo civilist. Magazin. 6. Bd. 2. Hft. S. 132. f.

34) S. *Ern.* **Spangenberg** de modo conficiendi instrumenta apud Romanos Commentariolus. Cap. I. Sect. I. §. 1. (praemiss. *Juris Romani tabulis negotior. solemn. ab Eo editis. Lipsiae* 1822. 8. pag. 14.)

35) S. *Claud.* **Salmasius** de subscribendis et signandis testamentis. Cap X. pag. 107 — 110. et Cap. XXVII. pag. 270. *Is.* **Vossii** Observationes in Catullum p. 71.

inwendig beschrieben wurden. Mehrere Bogen wurden der Länge nach mit Leim zusammengefügt [36]), so daß immer die Außen-Seite leer und unbeschrieben blieb. War nun aber doch auch die Außenseite oder Rückseite beschrieben, welches man dann *opisthographum* nannte, so war das etwas ganz Ungewöhnliches. Es konnte daher bey einem auf solche Art geschriebenen Testamente ein Zweifel entstehen, ob es auch gültig sey. Cicero [37]) sagt wenigstens, zu seinen Zeiten habe man solche auch von außen beschriebene Papiere nicht als beweisfähige Urkunden ansehen wollen; allein zu Ulpians Zeiten wandte man nichts dagegen ein, ***et si in opisthographo quis testatus sit.*** Ulpian sagt noch in derselben Stelle, es sey auch gleichviel, ob das Testament auf **nova charta**, oder **deletitia** geschrieben werde, denn das Eine sey, wie das Andere, Papier. ***Charta nova*** ist nun hier soviel als **charta pura**, reines Papier, worauf noch Nichts geschrieben ist. ***Deletitia*** aber ein solches Papier, was schon gebraucht, und vorher beschrieben war, wo aber die vorige Schrift ausgelöscht, und eine neuere darauf gesetzt worden ist [38]). Denn die

und Spangenberg cit. Commentar. Cap. I. Sect. I. §. 3. pag. 21.

36) Das schleimige Nil-Wasser, und vermuthlich auch das Klebrigte der Papyrus-Pflanze diente als Leim, die Blätter fest mit einander zu verbinden. Plinius sagt in der oben Not. 33. angeführten Stelle Cap. XII. Sect. 23. **Texuntur omnes chartae madente tabula Nili aqua. Turbidus liquor glutinis praebet vicem.**

37) *Orat. pro Roscio Comoedo.* Cap. 2.

38) S. Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Deletitia* charta. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pandect. Vol. IV. Spe-

Römer bedienten sich einer schwarzen Tinte, welche hauptsächlich aus Ruß verfertigt war, und daher mit einem Schwamme leicht wieder ausgelöscht werden konnte [39]). Unsere Tinte läßt sich zwar so leicht nicht wieder verwischen, es hat indessen wohl keinen Zweifel, daß wenn die Schrift ausradirt worden, auch ein solches Papier zu einem Testaments-Aufsatze im Nothfall gebraucht werden könne, wenn nur die Schrift nicht so zusammenfließt, daß sie unleserlich wird [40]). Indessen wird wohl der Fall jetzt nicht leicht mehr vorkommen, weil das Papier so rar nicht mehr ist, daß man ein schon beschriebenes Papier zu Hülfe nehmen müßte. Unter den morgenländischen Kaisern wurde das Stempel-Papier eingeführt [41]). Auf jeder Rolle wurde bemerkt, unter welchem **comes sacrarum largitionum**, oder kaiserlichen Schatzmeister, denn dieser hatte auch die Aufsicht über

cim. CCLXXIII. medit. 2. pag. 1080. sq. *Ev.* Otto Commentar. ad §. 12. J. de testam. ord. nr. 2. pag. 149. Spangenberg cit. Comment. §. 1. pag. 14. und Schweppe röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthüm. §. 17. S. 30. (der 2. Ausg.)

39) Suetonius Tranquillus in *Caligula*. Cap. 20. Von einer Schrift, die man wieder vertilgte, sagte man daher im Sprüchwort, in spongiam incubuit. S. Suetonius in *Octaviano Augusto* Cap. 85. in fin.

40) Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Institut. §. 498. sagt: ut charta litteras non confundat. S. auch Höpfner's Commentar. §. 448. a. E. S. 480. Anderer Meinung ist jedoch von Hartitzsch im Erbrecht. §. 62.

41) S. H. J. Klüpfel über Stempelpapier nach Justinianischem Rechte, in Desselben Schrift: Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts. (Stuttgart 1817. 8.) Nr. V. S. 72. ff.

die **res chartaria**[42]), und von Wem? der Papyrus verfertiget sey. Dieses geschahe auf einem der Rolle vorgeklebten Zettel, der, weil er mit Leim (κόλλα) angeklebt ward, **Protocollum** (πρωτόκολλον) ein vorgeklebtes, oder vorgeleimtes Blatt, hieß[43]). Weil dieses aber nur der Umschlag von der Rolle war, und daher als solcher oft beschmutzt seyn mußte; so schnitt man dieses Blatt gewöhnlich weg, und schrieb auf das übrige reine Papier der Rolle. Da jedoch die Signatur des **comes sacrarum largitionum**, und das, was das Protocoll enthielt, besonders die Angabe der Zeit, wenn das Papier verfertiget worden, dazu dienen konnte, eine falsche Urkunde zu entdecken, wenn nämlich diese Zeit nicht mit der Zeit des **Comes largitionum** harmonirte; so verordnete Justinian in der Novelle *XLIV.* welche jedoch nur auf Constantinopel beschränkt war, daß das Protocoll nicht mehr abgeschnitten, sondern an dem Papier, an welches es geklebt ist, gelassen werden solle, und daß daher die Notarien zur Verfertigung ihrer Urkunden sich keines andern Papiers bedienen sollten, als welches noch das **protocollum** hätte[44]). Die in neuern Zeiten von dem Abt Gätano Marini[45]) her-

42) S. **Panciroli Commentar. in notitiam Imperii Oriental. Cap. 75. sqq. pag. 125. sqq.**

43) S. Geschichte des Worts **Protocollum**, in H. Ritter Hugo civilist. Magazin 6. Bandes 2. Heft. Nr. VII. S. 134. ff. Jedoch nannten die Alten auch das erste Blatt ihrer Bücher, welches den Namen des Verfassers, Ort und Zeit enthielt, also das Titelblatt, **Protocollum.** S. **Brissonius de Verbor. Signif. voc.** ***Protocollum.***

44) S. ***Jac.*** **Cujacii Exposit. Nov. XLIV.**

45) **J. Papiri diplomatici raccolti.** ***Roma*** **1805. f. Nro. LXXIV.**

ausgegebene Urkunden von Testamenten, welche in das sechste Jahrhundert fallen, sind auf Papyrus geschrieben, von denen sich die Urkunde **Nr. LXXV.** oder bey Spangenberg **Nr. XVIII.**[46]), welche von einem gewissen Mananes, einem Gothen, im J. **572.** errichtet worden, dadurch auszeichnet, daß sie auch auf dem Rücken beschrieben, und in Quadratform zusammengelegt ist[47]).

Heut zu Tage ist zwar auch das Material, auf welches das Testament geschrieben wird, willkührlich, wenn nur darauf leserlich geschrieben werden kann, denn was in einem Testamente unleserlich ist, wird für nicht geschrieben geachtet[48]). Gewöhnlich werden jedoch die Testamente nur auf gemeines Papier geschrieben, wofern nicht durch die Landesgesetze Stempelpapier vorgeschrieben ist. Jedoch macht der Nichtgebrauch des Stempelpapiers das Testament selbst in der Regel nicht ungültig[49]). Der Stempelbogen muß nur noch ergänzt

et **LXXV.** Diese Testaments-Urkunden sind auch wieder abgedruckt, und von Spangenberg mit Anmerkungen erläutert im Archiv für die cicilistische Praxis 5. Band S. 145. und S. 163. und in desselben **Juris Rom. tabulae negotior. solemnium. superstitt. pag. 121. sqq.** Die in diesem Buche vorkommende ältere Urkunden und Fragmente römischer Testamente lehren, daß sie auch auf Stein und Marmor eingegraben waren. Z. B. **Nr. I — X.**

46) S. **Spangenberg** Tabulae citt. pag. 126. sqq.

47) **Spangenberg** Comment. de modo conficiendi instrumenta. Cap. I. Sect. I. §. 2. pag. 16. et §. 3. pag. 22.

48) *L.* 73. §. 2. *D. de div. Regul. iuris.*

49) S. Klüpfel über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts. Nr. V. §. 15. S. 77. Man sehe auch das allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. 12. Tit. §. 159. Anderer

werden. Wird zur schriftlichen Errichtung eines Testaments ein Notarius gebraucht, so soll zwar nach Vorschrift der Notariats-Ordnung Maximilians I. vom Jahr 1512. §. 19. die Urkunde auf Pergament, und nicht auf Papier geschrieben werden; allein diese Vorschrift wird jetzt nicht mehr beobachtet [50]).

Auf die Sprache, in welcher das Testament abgefaßt worden, kommt auch nichts an. Bey den Römern konnten zwar die Testamente ehemals nur in der lateinischen Sprache verfaßt werden [51]), deren Anwendung überhaupt von jeher bey **negotiis iuris civilis** unerläßlich war [52]). Dieß zeigen sowohl die bey der Erbeinsetzung überall sichtbaren lateinischen Formulare [53]), als

Meinung ist jedoch *Pet.* Müller ad *Struvium.* Exercit. XXXII. Th. 10. not. ε. nr. VII. pag. 648.

50) S. *Pet.* Müller ad *Struvii* Synt. iuris civ. Tom. II. Exercit. XXXII. Th. 10. not. δ. und ε. nr. VI. pag. 647. *Henr.* Hahn Observata theor. pract. ad *Wesenbecium* P. II. Lib. XXII. Tit. 4. N. IV. pag. 94. *Burckh.* Bardili Disp. de subscriptione (*Tubingae* 1685.) Cap. V. nr. 32 — 34. und *Jo Henr. de* Berger Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. 4. in fin. Tom. I. pag. 368. edit. *Haubold.*

51) *Barn.* Brissonius de Formulis et solemn. P. R. verbis. Lib. VII. Cap. 6. pag. 561. edit. *Bachii* und *Joh. Gottl.* Heineccii Antiquitat. Rom. Lib. II. Tit. 10. §. 10. pag. 438. edit. *Haubold.*

52) *Car. Frid.* Walch Comm. de lingua latina, lingua legitima. (in *Opuscul.* Tom. I. Sect. II. Exerc. V.) §. 2. §. 8. sqq. et §. 13. Heinr. Ed. Dirksen civilistische Abhandlungen. 1. Bd. (Berlin 1820. 8.) 1. Abh. S. 87. f. und S. 91. f. und Spangenberg cit. Commentar. §. 4. pag. 22. sq.

53) S. Brissonius de Formul. Lib. VII. Cap. 15. pag. 565. sq.

die bey den Legaten deutlich ausgesprochene Regel [54]). Nur Fideicommisse, und die für sie bestimmten Codicille durften von jeher in jeder beliebigen, namentlich in der griechischen Sprache, errichtet werden [55]). Erst Kaiser Theodosius der Jüngere gestattete die Errichtung der Testamente in der griechischen Sprache, in einer jedoch verloren gegangenen Constitution. Theodosius gedenkt ihrer in seiner Novelle *de testamentis* vom Jahre **439** [56]) wodurch er diese Constitution auch auf Legate, testamentarische Manumissionen, und **tutoris dationes** angewendet hat. Es heißt nämlich darin §. 8.

Illud etiam huic legi perspicimus inserendum, ut, *quoniam Graece iam testari concessum est*, legata quoque, ac directas libertates, tutores etiam, Graecis verbis liceat in testamentis relinquere, ut ita vel legata relicta, vel libertates directae, tutoresve dati videantur, ac si legitimis verbis ea testator dari, fieri; observarique iussisset.

Wahrscheinlich ist die verloren gegangene Constitution in demselben Jahre **439.** und zwar kurz vor dieser

54) Gajus *Commentar. II.* §. 281. Ulpianus *Fragm.* Tit. XXV. §. 9. et *Ant.* Schulting ad *Eundem* not. 21. in Jurispr. Antejust. pag. 661.

55) Gajus c. l. Ulpian. c. l. *L.* 11. *pr. D. de legat. XXXII.* Brissonius de Formulis Lib. VII. Cap. 146. pag. 635. sqq. et Cap. 166. pag 661. sq.

56) In Collect. novellarum Constitutionum Impp. Justiniano anteriorum, a *Jo. Dan.* Rittero adornata. Lib. I. Tit. 9. adj. Codici Theodos. *Jac.* Gothofredi Tomi VI. P. II. pag. 30. et in Hugo iur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1253.

Novelle gegeben worden, wie Ritter[57]) mit vieler Wahrscheinlichkeit annimmt. Tribonian hat diese Constitution der *L.* 21. *C. de testamentis* angehängt, welche sich mit den Worten schließt:

Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam *Graece* omnibus liceat testari.

Aus dieser Darstellung erscheint nun die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[58]) als unrichtig, nach welcher schon seit Verlegung der kaiserlichen Residenz nach Constantinopel die Errichtung der Testamente in der griechischen Sprache allgemein soll gestattet worden seyn. Sie ist auch schon von Ritter[59]), und Dirksen[60]) gründlich widerlegt worden. Zwar hat Brissonius[61]) ein Testament des Gregorius Nazianzenus in griechischer Sprache bekannt gemacht, welches auf Pergament geschrieben, im Jahre 389. und also noch vor

57) Ad *Novellam* cit. cit. not. kk. pag. 32. Man sehe auch noch Spangenberg ad L. 21. Cod. de testam. not. 30. edit. Cod. a se adornat. pag. 355.

58) *Ev.* Otto Commentar. ad §. 12. J. de testam. adornand. nr. 6. pag. 249. *Jo. Gottl.* Heineccius Elem. iuris civ. sec. ord. Pandect. Lib. XXVIII. Tit. 5. §. 43. not. *).

59) Ad Nov. *Theodosii* cit. not. kk. pag. 31.

60) Civilist. Abhandlungen. 1. Bd. S. 92.

61) De formulis. Lib. VII. Cap. 169. pag. 647. sqq. edit. *Bachii*. *Jac.* Sirmond, ehemaliger Professor zu Paris, übersetzte dieses Testament ins Lateinische, und diese lateinische Uebersetzung nahm Baronius in seine Annales ecclesiasticos ad annum 389. auf. Spangenberg hat das griechische Exemplar aus Brissonius mit Sirmonds lateinischer Uebersetzung seinen Juris Rom. tabulae negotiorum solemnium pag. 71. — 79. einverleibt.

jener Constitution des Kaisers Theodosius, errichtet worden ist. Allein wenn man auch nicht mit Spangenberg[62]) annimmt, daß es vielleicht aus dem Lateinischen ins Griechische übersetzt seyn könne, weil zur Zeit dieses Gregorius die Testamente noch in keiner andern Sprache, als in der lateinischen, gültig errichtet werden konnten, so folgt ja daraus noch nicht, daß schon zu der Zeit die Testamente allgemein in griechischer Sprache hätten gültig errichtet werden können, wenn deren Gültigkeit nicht in Streit gezogen wurde.

So wie es nun auch h. z. T. gleichgültig ist, in welcher Sprache der Testirer sein Testament schreiben, und welcher Schrift er sich dazu bedienen will, wenn sie nur sonst verständlich und leserlich ist; so schadet es auch der Gültigkeit des Testaments nichts, wenn Manches darin ausgestrichen, oder zwischen den Zeilen eingeschaltet ist; es muß nur gewiß seyn, daß es vom Testirer selbst, oder mit seinem Willen geschehen ist, wie aus folgendem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian erhellet.

L.* 12. *C. de testamentis. **Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint: iure deficit testamentum.** ***De his autem, quae interleta, sive suprascripta dicis, non ad iuris solennitatem, sed ad fidei pertinent quaestionem: ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso haec fuerint commissa.***

Endlich ist auch bey einem schriftlichen Testamente

62) Cit. loc. not. 1. pag. 71.

nicht nöthig, daß es durchaus mit Worten geschrieben seyn müsse. Es kann der Testirer auch die Zahlen mit Ziffern schreiben [63]), nur beym Testamente der Eltern unter ihren Kindern machen die Gesetze eine Ausnahme [64]). Gewöhnliche und allgemein verständliche Abbreviaturen schaden ebenfalls der Gültigkeit des Testaments nicht [65]). Zwar sagt Paulus *libro XLI. ad Edictum* [66]).

Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas litteras non esse, PEDIUS *libro vicesimo quinto ad edictum* **scribit.**

Allein dieses Gesetz steht unserer Behauptung nicht entgegen, denn es ist hier nicht zu übersehen, daß das Gesetz von **tabulae** *notis* **scriptae** spricht. *Notae* waren aber gewisse durch den Gebrauch eingeführte Zeichen oder Figuren, deren sich die Römer beym Geschwindschreiben bedienten, um damit ein oder auch mehrere Worte anzudeuten [67]). Davon unterschied man *Siglae*, *Sigla*, auch *Singla*, und verstand darunter einzelne große Buchstaben, wodurch man ganze Wörter ausdrückte; z. B. **C. T. certum tempus.** *Sigla* war

63) S. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 10. not. δ. ε. nr. III. pag. 647. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institut. §. 448.

64) *Nov. CVII. cap.* 1.

65) CARPZOV Jurispr. for. P. III. Const. III. Def. 4. VINNIUS Comm. ad §. 12. J. de testam. ord. nr. 2. und *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 4. fin.

66) *L.* 6. §. 2. *D. de bonor. possess.* (XXXVII. 1.)

67) *Christ. Henr.* ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 55. *Chr. Henr.* TROTZ ad *Hugonem* de prima scribendi origine. Cap. XVIII. pag. 174. sqq. Beyspiele von notis giebt auch *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XII. Cap. 40.

also der Anfangsbuchstabe eines Worts, wodurch das ganze Wort bezeichnet wurde. *Notae* hingegen waren keine Buchstaben, sondern bloße Zeichen. Paulus bemerkt dieses auch in der angeführten Gesetzstelle selbst, wenn er, sich auf Pedius berufend, sagt: *notas* **literas non esse**[68]). Von Beyden unterschied man *Abbreviaturae*, worunter man Wortabkürzungen verstand, welche sich von **notis** und **siglis** dadurch unterschieden, daß sie aus Buchstaben, und zwar aus mehreren Buchstaben eines Worts bestanden, aus denen man jedoch erkennen konnte, was es für ein Wort seyn solle[69]). Von beyden letztern Arten der Schriftabkürzungen spricht das Gesetz nicht, nur erstere, die **Notae**, welche man ganz richtig durch Zeichenschrift übersetzt[70]), waren daher in Testamenten der Paganen unzulässig[71]), weil sie oft ganz unverständlich waren[72]), und Mißverständnisse veranlaßten[73]). Nur bey Solda-

68) S. *Jo.* Cannegieter **Disquisitio de Notis et Siglis, earumque usu frequentissimo in fragmentis antiquis, praecipe ICtorum; adj.** Ejusdem *Domitii Ulpiani* **fragmentis.** (*Lugduni Batavor.* 1774. 4.) pag. 297. sqq.

69) S. Eckhardi **Hermeneut. iuris c. l. §. 58.**

70) S. Schweppe röm. Privatrecht §. 816. und Mackeldey Lehrb. des heutigen röm. Rechts. §. 641. Not. a.

71) S. besonders *Jac.* Cujacius **Observation. Lib. III. Cap. 3.** *Rad.* Fornerius **Rerum quotidianar. Lib. III. cap. 2.** (in *Thes. Otton.* Tom. II. pag. 196.) *F. C. C.* Tydemann **Diss. de Pedio ICto. pag. 43. sqq.** und *Aug. Corn.* Stockmann **Progr. de iure testamenti notis perscripti.** *Lipsiae* 1781. 4.

72) Cicero *ad Atticum Lib. XIII. Epist.* 32.

73) Ein Beyspiel findet man bey Suetonius *in Galba.* Cap. 5.

ten-Testamenten wurden sie gestattet, ohne daß daraus eine Nichtigkeit entstand [74]). Abbreviaturen in Testamenten sind also auch nach diesem Gesetz nicht verboten; sie machen daher ein Testament nicht ungültig, wenn sie nur verständlich sind. Doch ist es freylich immer rathsamer, Abbreviaturen soviel wie möglich zu verhüten, und auch die Zahlen mit Worten ganz auszuschreiben [75]).

Daß übrigens die Zeugen bey einem schriftlichen Testamente den Inhalt des Testaments nicht zu wissen, und daher auch die Sprache, in welcher der Testirer das Testament verfaßt hat, nicht zu verstehen brauchen, gehört allerdings zu den Eigenthümlichkeiten eines schriftlichen Testaments [76]). Hätte jedoch der Testator den Inhalt des schriftlichen errichteten Testaments den Zeugen vollständig und in einer ihnen allen verständlichen Sprache bekannt gemacht; so kann das Testament auch als ein mündliches gelten, welches besonders in dem Falle nützlich ist, wenn bey Errichtung des schriftlichen Testaments Etwas wäre versehen worden, wie ich schon an einem andern Orte [77]) bemerkt habe.

74) *L.* 40. *pr. D. de testam. milit.* (XXIX. 1.) S. *M. Anton.* Mureti Notae ad tit. Dig. de militari testam. ad h. L. 40. (in Ejus *Operib.* a *Dav.* Ruhnken edit. Tom. IV. *Lugd. Batav.* 1789. 8. pag. 399.)

75) S. Stryck de cautel. testamentor. Cap. XV. §. 6. und besonders *Just. Henn.* Boehmeri Diss. de scripturis non legibilibus. Cap. III. in Ej. *Exercit. ad Pand.* Tom. IV. pag. 385. sqq.

76) *L.* 21. *C. de testamentis.*

77) S. den 33. Th. des Commentars §. 1401. S. 331. und Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 246. S. 275. a. E.

§. 1415. a.

Unterschrift des Testirers, oder eines achten Zeugen.

Zu den besondern Erfordernissen eines schriftlichen Testaments gehört nun weiter **2) die eigenhändige Unterschrift des Testirers, welche in Gegenwart der Zeugen mit der Erklärung zu verrichten ist, daß die vorliegende Schrift sein Testament sey.** Nach der Verordnung Theodosius II.[78]) soll diese Unterschrift ohne Unterschied vom Testator geschehen, er mag das Testament selbst geschrieben haben, oder dasselbe von einem Andern haben schreiben lassen. Es heißt ausdrücklich:

Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, *vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam*, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis puberibus, omnibus simul offerre signandam, et subscribendam: *dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit.*

Wenn jedoch der Testirer entweder nicht zu schreiben weiß, oder durch Krankheit, oder Lähmung der Hand gehindert ist, das Testament zu unterschreiben; so muß, außer den sieben Zeugen, noch ein achter Zeuge hinzugezogen werden, welcher statt des Testirers

78) *L.* 21. *pr. C. de testament.* S. *Hug.* Donelli Comment. de iure civ. Lib. VI. Cap. 8. §. 1.

unterschreibt. In dem Gesetz wird er **octavus subscriptor** genennt. Es heißt nämlich in dem angeführten Gesetz:

Quodsi litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat: *octavo subscriptore pro eo adhibito*, eadem servari decernimus.

Die Notariats-Ordnung Maximilians I. Tit. von Testamenten §. 7. enthält eine fast wörtliche Uebersetzung von dieser Constitution des Kaisers Theodosius. Es heißt daselbst:

„Nun die Form eines Testaments in Schriften, welches nunmehr nicht in großer Uebung ist, und von denen gemacht wird, die in ihrem Leben ihren letzten Willen niemand wissen lassen wollen, ist also: Daß der, so sein Testament machen will, ein Schrift bezeichnet und verbunden, oder allein beschlossen und eingewickelt, sie sey[79]) von desselben Testirers, oder eines jeden andern Hand geschrieben, vor sieben Zeugen, die darzu sonderlich zusammen berufen, oder gemanet und gebeten, auch der Leibeigenschaft frey, über vierzehen Jahr alt seyn, so sie alle bey einander versammlet sind, fürbringt, und legt die dar, durch einen jeden der sieben Zeugen zu unterschreiben, und mit ihren gewöhnlichen Signeten zu besiegeln, doch also, daß er offenbarlich ansage: daß solches, so er darlegt, sein Testament sey, und vor den Zeu-

79) In der Sammlung der Reichsabschiede (Frankfurt a. M. 1747. f.) 2. Th. S. 161. heißt es: eingewickelt sey, sey. Allein die Lesart ist offenbar fehlerhaft. Ich bin hier der richtigern Lesart in Gust. Emminghaus Corp. iuris German. acad. 1. Th. (Jena 1824. 8.) S. 133. gefolgt.

gen allen mit eigener Hand unterschreibe; oder wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht [80]), durch eines andern achten Zeugen Hand in seinem Namen, und auf sein Begehren, an einem Ort des Testaments unterschreiben lasse."

Die Notariats-Ordnung nennt hier die, ausser den sieben Zeugen, noch zuzuziehende Person, welche in dem bemerkten Falle, statt des Testirers, unterschreibt, einen andern achten Zeugen, und dieß ist er auch gewiß, so wie der achte Zeuge beym Testamente eines Blinden, mit dem das schriftliche Testament eines solchen Testirers, der nicht schreiben kann, in Parallele gesetzt wird [81]). Herr Oberappellationsgerichtsrath Konopak [82]) will ihn aber nicht als Zeugen gelten lassen, weil ihn K. Theodos nicht so, sondern absichtlich einen **octavus subscriptor** nenne. Vielleicht nannte aber der Gesetzgeber diesen achten Zeugen darum nur **subscriptor**, um ihn von den übrigen sieben Zeugen zu

80) Dieß haben einige so verstehen wollen, als ob nach der Notariats-Ordnung derjenige Testirer, der nicht schreiben mag, wenn er auch gleich schreiben könnte, einem solchen gleichzuachten sey, der nicht schreiben kann, und sich also eines Stellvertreters bedienen könne. Man sehe z. B. **Carpzov P. II. Decis. 147.** Allein daß diese Erklärung ganz irrig sey, hat Gesterding in der Ausbeute der Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Th. **Nr. XIII. 4. S. 345. f.** gezeigt.

81) *Nov.* **Leonis LXIX. Stryck de cautel. testamentor. Cap. IV. §. 26.**

82) Institutionen des röm. Privatrechts. §. 344. Not. I. S. 232. (der 2. verm. u. verb. Ausg. Jena 1824. 8.)

unterscheiden, weil er nicht, wie diese, das Testament mit untersiegelt, sondern bloß für den Testirer unterschreibt, der zu untersiegeln nicht nöthig hat. Was heißt aber das, der achte Zeuge unterschreibt für den Testator? Unterschreibt der achte Zeuge seinen eigenen, oder des Testators Namen? Herr Prof. Gesterding[83]) macht diese Frage zu einer **quaestio Domitiana**, weil deren Beantwortung sich von selbst verstehe. Es sey ja natürlich, daß er den Namen des Testators unterschreibe, dessen Stelle er vertreten soll. Demohngeachtet ist diese Frage nicht außer Zweifel, und die allerwenigsten Rechtsgelehrten sind jener Meinung. Die meisten Rechtsgelehrten[84]) stimmen vielmehr darin überein,

83) A. a. O. S. 347. ff.

84) *Jac.* Cujacius Recitation. solenn. in Cod. s. Commentar. ad Tit. XXIII. Libri VI. Cod. de testamentis. pag. 527. in fin. (edit. *Francof.* 1605. 4.) *Hug.* Donellus Commentar. ad L. 21. Cod. de testam. nr. 15. pag. 369. (edit. *Francof.* 1599. f.) *Burckh.* Bardili Diss. de subscriptione. *Tübing.* 1685. 4. Cap. VI. nr. 24. *Pet.* Müller ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 10. not. *v.* (Tom. II. pag. 650.) *Ben.* Carpzov P. II. Decis. 147. *Sam.* Stryck Cautel. testamentor. Cap. IV. §. 26. *Casp.* Manzius Tr. de testam. valido vel invalido. Tit. IV. nr. 113. pag. 228. *Jo.* Brunnemann Commentar. ad L. 28. C. de testam. nr. 9. *Jo. Henr. de* Berger Oecon. iuris Lib. IV. Tit. IV. Th. 4. Tom. I. pag. 368. edit. *Haubold. Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. de successionib. §. 69. pag. 83. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 446. S. 479. Albr. Schweppe römisches Privatrecht. §. 818. a. E. S. 686. (der 3. Ausg.) Thibaut System des Pandecten-Rechts. 2. Bd. §. 693. Bucher System der Pandecten §. 389. und Ad. Carl Heinr. von Hartitzsch Erbrecht. §. 59.

daß der **octavus subscriptor**, gerade darum, weil er der achte Zeuge ist, seinen eigenen Namen unterschreibe, mit der Bemerkung, daß er dieses statt des Testirers thue. Der große Cujaz giebt sogar ein Formular an; z. B. *Luc. Titius pro Caio Sejo testatore subscripsi hoc testamentum nomine suo testatorisque.* Herr Prof. Gesterding wendet dagegen ein: was soll der Name des achten Zeugen unter dem Testamente? Eben, weil er der achte Zeuge ist, bedürfe es seiner eigenen Namens Unterschrift überhaupt gar nicht. Es sey überdem gar kein rechter Zeuge, die Rechtsgelehrten nenneten ihn nur so, die Gesetze kenneten bloß einen **octavus subscriptor.** Der Zeuge solle die Stelle des Testators vertreten, und diejenige Handlung verrichten, die der Testator selbst hätte verrichten müssen. Der Name des Testators müsse aber unter dem Testamente stehen, sonst würde das Testament aus Mangel der Unterschrift desselbeu ungültig seyn. Da nun der Testator nicht selbst unterschreiben kann, so müsse ein Anderer an seiner Statt seinen Namen unterschreiben. Denn es sey gleichgültig, ob der Testaor selbst seinen Namen unterschreibe, oder ob er ihn dıch einen Andern schreiben lasse. Unterschriebe der achte Zeuge seinen eigenen Namen, würde man nicht auf die Gedanken kommen müssen, er sey es, der das Testament gemacht hat? Es sey doch weit natürlicher, wenn der Zeuge Mevius den Namen des Testators Titius unterschreibe. Er könne auch allenfalls, zwar nicht aus Nothwendigkeit, aber des Nutzens wegen hinzusetzen: Da Titius nicht schreiben kann, habe ich auf sein Ersuchen seinen Namen hier geschrieben. Mevius. Man könnte diesen Gründen auch vielleicht noch

den beyfügen, daß es eben so unnatürlich nicht sey, wenn einer für einen Andern, der des Schreibens unkundig ist, desselben Namen unterschreibt. Dieß beweißt ja die in der *L. ult. Cod. de testam.* bestimmte Form der auf dem Lande zu errichtenden Testamente, nach welcher ein Zeuge für den andern unterschreiben kann. Man sieht hieraus, daß diese Meinung allerdings nicht unbedeutende Gründe für sich hat. Mehrere der neuern Rechtsgelehrten[85]) sind ihm daher auch beygetreten. Dennoch drängt sich hier noch mancher Zweifel auf, der einer Auflösung bedarf. Erstens kann gewiß nit Grund nicht geleugnet werden, daß der **octavus subscriptor**, so gut, wie die übrigen sieben Testamentszeugen, ein Zeuge sey. Denn die Ausdrücke **signatores** und **subscriptores** sind bey den Testamentszeugen synonyme Benennungen, wie der große Philologe Claudius Salmasius[86]) längst bewiesen hat. Nun soll jeder Zeuge, der zu einem Testamente gebraucht wird, nicht nur mit eigner Hand seinen Namen unterschreiben, sondern auch dabey bemerken, wessen Testament es sey, welches er unterzeichnet hat. So lehrt uns Paulus *libr. III. Sententiarum*[87]): **Singulos testes, qui in estamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, QUIS, *et* CUJUS *testamentum* signaverit.** Was von den Zeugen überhaupt gilt, muß also auch von dem achten Zeugen gelten. Der achte Zeuge unterschreibt also, wie jeder andere Zeuge,

35) S. Mackeldey Lehrbuch des heutigen röm. Rechts. §. 641. S. 466. der 8. Ausg. und Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 967. Not. 95.

86) De subscribendis et signand. testam. Cap. XXI. p. 221.

87) *L.* 30. *D. h. t.*

seinen eigenen Namen, jedoch mit der Bemerkung, daß er es im Namen und statt des Testirers thue, von dem er, als achter Zeuge, dazu ersucht worden, weil der Testirer des Schreibens unkundig, oder weil er durch seine Krankheit, seinen Namen selbst zu unterschreiben, dermalen gehindert sey. Zweitens auch beym Testamente eines Blinden handelt der Notar, oder der achte Zeuge an der Stelle des Testirers; er unterschreibt aber nicht den Namen desselben, sondern, gleich den übrigen sieben Zeugen, seinen eigenen Namen. Drittens, genau erwogen, sträubt sich gewissermaßen die Vernunft dagegen, daß ein Dritter meinen Namen unterschreiben soll, und dieser, als von mir selbst geschrieben, soll angesehen werden können, ja was noch mehr auffällt, es soll nicht einmal nöthig seyn, daß der **octavus subscriptor** hinzusetze: Da Titius nicht schreiben kann, habe ich auf sein Ersuchen seinen Namen hier geschrieben. Mevius. Nur des Nutzens wegen könne es allenfalls geschehen! Allein wie wird auf solche Art der Vorschrift des Gesetzes ein Genüge geleistet? Das Gesetz schreibt ja ausdrücklich vor, wenn der Testator gar nicht schreiben oder unterschreiben kann, so soll ein **octavus subscriptor**, außer den sieben Zeugen, noch hinzugezogen werden. Dieser muß sich ja doch begreiflich auch bey Errichtung des Testaments als **octavus subscriptor** ankündigen, sonst hätte ja das Gesetz eben so gut sagen können, einer von den übrigen sieben Zeugen soll für den Testirer unterschreiben. Wer kann es denn der Unterschrift ansehen, daß sie auf Ersuchen des Testirers von einem **octavus subscriptor** verrichtet worden sey, wie doch das Gesetz ausdrücklich vorschreibt? sie könnte ja dann auch ohne denselben von einem der

sieben Zeugen geschehen seyn, und dadurch die ganze gesetzliche Vorschrift eludirt werden. Dieser sehr wichtige Grund Carpzovs ist nicht im mindesten entkräftet worden. Viertens, sowohl die *L.* 21. *pr. C. de testam.* als die Notariatsordnung §. 7. von Testamenten schreiben ausdrücklich vor, daß der Testator in Gegenwart der sieben Zeugen erkläre, daß das vorliegende Testament sein Testament sey, und daß er dann solches vor den Zeugen mit seiner Hand unterschreibe. So wie dieses bey der Unterschrift des Testirers, welcher das Testament selbst unterschreibt, von ihm bemerkt werden muß, weil ja sonst nach seinem Tode ein Streit darüber entstehen könnte, ob es geschehen wäre; denn wenn sich das von selbst verstände, so würden es nicht beyde Gesetze so nachdrücklich vorgeschrieben haben; eben so muß nun dieses auch von dem **octavus subscriptor** geschehen. Denn es soll auch in diesem Falle alles das beobachtet werden, was geschehen müßte, wenn der Testator das Testament selbst mit eigner Hand unterschriebe, wie die Worte der *L.* 21. **octavo subscriptore pro eo adhibito**, ***eadem servari decernimus***, klar beweisen. Wie mag es nun nicht auffallen, wenn Einem, er sey Laie, oder in der Schule gewesen, ein Testament des Titius zu Gesicht kommt, worin Mevius, als wenn er selbst der Testator wäre, Folgendes unterschrieben hätte:

„Nachdem ich dieses Testament vor den versammelten Zeugen nochmals als das meinige anerkannt, habe ich solches in deren Gegenwart unterschrieben."

Titius.

Wäre denn dieses nicht ein offenbares Falsum? Wie

wenn der Testirer gerade nur durch seine Krankheit wäre gehindert worden, eigenhändig das Testament zu unterschreiben, er hätte aber in seinem Leben genug geschrieben, so daß seine Hand allgemein bekannt wäre, müßte denn dieß nicht über kurz oder lang, wenn vielleicht nach seinem Tode kein einziger Testaments Zeuge mehr am Leben ist, der darüber weiter Auskunft geben könnte, den Verdacht eines falschen Testaments erwecken, zumal bey den Intestaterben, die insgemein beym Leben des Erblassers von einem von demselben errichteten Testamente nichts erfahren? Würden sie nicht diesen Grund **ambabus** ergreifen, um das Testament, als ein falsches, anzufechten? Fünftens, wo ist denn aber das Gesetz, welches vorschreibt, daß der **octavus subscriptor** den Namen des Testirers unterschreiben solle? Die *L.* **21.** *C. de testam.* sagt: **Quodsi litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat; *octavo subscriptore pro eo adhibito*, eadem servari decernimus.** Also der **octavus subscriptor** soll statt des Testators unterschreiben. Thut denn aber dieses der **octavus subscriptor** nicht, wenn er bey seines Namens Unterschrift bemerkt:

„er habe das Testament des Titius, als ein zu diesem Behuf erbetener achter Zeuge, unterschrieben, weil der Testirer durch seine Krankheit sey verhindert worden, seine eigene Hand zu gebrauchen; der Testirer habe auch sein Testament in Gegenwart der Zeugen als seinen wahren letzten Willen anerkannt."

Auf diese Art kündiget sich nun der **octavus subscriptor**, nach seiner gesetzlichen Bestimmung, als wahrer Zeuge an; denn nun bezeugt er das, was der Testirer durch seine Unterschrift hätte bekräftigen sollen.

Noch deutlicher aber spricht sich darüber die Notariatsordnung §. 7. aus, wenn sie sagt:

„oder wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht, durch eines andern achten Zeugen Hand in seinem Namen, und auf sein Begehren an einem Ort des Testaments unterschreiben lasse."

Hätte nun das Gesetz gewollt, daß der achte Zeuge, wie er hier ausdrücklich und zwar mit vollkommenem Recht genennt wird, den Namen des Testirers unterschreiben solle, warum sagte es nicht, statt in seinem Namen, und auf sein Begehren, geradezu seinen, des Testirers, Namen auf sein Begehren — unterschreiben lasse? Dieß mußte aber das Gesetz deutlicher ausdrücken, weil es gar zu unnatürlich herauskommt, wenn ein Dritter soll meinen Namen unterschreiben können, so daß diese fremde Unterschrift als meine eigene angesehen werden soll. Ein solches Beyspiel, außer bey dem auf dem platten Lande zu errichtenden Testamente, möchte man wohl in keiner Gesetzgebung mehr finden. Auch dieser Grund, den Carpzov nur nicht so, wie hier geschehen, hervorgehoben hat, ist nicht im mindesten widerlegt worden. Sechstens, der Name des Testirers muß allerdings unter dem Testamente stehen, nämlich wenn der Testirer schreiben kann, weil sonst das Testament aus Mangel der Unterschrift des Testators ungültig seyn würde. Allein wo steht denn geschrieben, daß ihn der **octavus subscriptor** unterschreiben müsse, wenn der Testirer nicht selbst schreiben kann? Nennt ihn denn nicht schon der achte Zeuge bey seines Namens Unterschrift? Wie

kann nnn in aller Welt daraus eine Ungültigkeit des Testaments entstehen, wenn der octavus subscriptor auf die Art, wie ausgeführt worden ist, dem Gesetz ein Genüge leistet? Aus allem ergiebt sich Sieben=tens, daß es gewiß nicht gleichgültig ist, ob Jemand selbst seinen Namen schreibt, oder ob er ihn durch einen andern schreiben läßt, zumal auf die Art, wie uns Ge=sterding belehrt hat. Die hieher gezogene Regel: Was Jemand durch einen Andern verrichtet, ist eben so gut, als hätte er es selbst gethan, findet offenbar bey Testa=menten keine Anwendung, wo es auf eigenhändige Un=terschrift des Testirers und der Zeugen ankommt. Wie konnte auch der Testator dem achten Zeugen eine Hand=lung in seiner Person zu verrichten auftragen, die er, der Testator, selbst, hätte verrichten müssen, wenn dieser gar nicht schreiben kann. Es kommt hier nicht auf den Auf=trag des Testirers an, denn diesen könnte er auch einem der übrigen sieben Zeugen geben, sondern es kommt auf gesetzliche Form und Bestimmung an. War es denn nun also wohl fast zum Erstaunen, wenn so viele berühmte Rechtsgelehrten die aufgeworfene Frage so beantwortet haben, der achte Zeuge unterschreibe seinen eigenen Namen?

Nach der Vorschrift der *L.* 21. *pr. C. de testam.* soll also der Testirer, welcher schreiben kann, sein Te=stament in Gegenwart der vor ihm versammelten sieben Zeugen eigenhändig mit der Erklärung unterschreiben, daß vorliegende Schrift sein Testament sey; und zwar soll der Testirer ohne Unterschied so unterschreiben, er habe das Testament mit eigner Hand geschrieben, oder von eines andern Hand schreiben lassen; und dieses ist auch in der angeführten Stelle der Notariatsord=

nung wörtlich wiederholt worden. Allein in einer neuern Verordnung, nämlich in der *L.* 28. §. 1. *C. de testam.* ist dieses vom K. Justinian dahin beschränkt worden, daß wenn der Testirer das ganze Testament mit eigner Hand geschrieben, und dieses auch im Testamente ausdrücklich bemerkt hat, daß er es selbst geschrieben habe, keine weitere Unterschrift weder des Testirers, noch statt seiner eines andern Zeugen erforderlich seyn solle. Die Worte dieser Constitution selbst lauten folgendermaßen.

Cum autem constitutione, quae *de testamentis ordinandis* processit, cavetur, quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur, et subscriptio a testatore fiat, vel ab aliquo pro eo, et constitutio sic edixit, *octavo subscriptore adhibito:* et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit, et post eius litteras testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt, aliaque omnia solemniter in testamento peracta sunt, et testamentum ex hoc dubitabatur, an irritum factum esset: eandem constitutionem corrigentes sancimus, *si quis sua manu totum testamentum, vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur neque ab eo, neque pro eo ab alio: sed sequantur huiusmodi scripturam, et litterae testium, et omnis, quae exspectatur, observatio:* et sic testamentum validum, et codicillus, si quinque testium litterae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneant, et nemo callidus machinator huiusmodi iniquitatis in posterum invenia-

tur. Dat. VI. Kal. April. Constantinop. LAMPADIO et ORESTE VV. CC. CONSS. 530.

Hat also der Testator das Testament entweder nicht selbst geschrieben, sondern solches von einem Andern schreiben lassen, oder er hat zwar das ganze Testament eigenhändig geschrieben, aber in dem Testamente selbst nicht ausdrücklich bemerkt, daß er es mit eigener Hand geschrieben habe; so bleibt es bey der Vorschrift der *L.* 21. *Cod. de testam.* und das Testament muß in beyden Fällen vom Testator auf die im Gesetz vorgeschriebene Art unterschrieben, oder wenn zur Zeit der Solennisirung des Testaments der Testator gerade durch seine Krankheit verhindert würde, es mit eigener Hand zu unterschreiben, von einem achten Zeugen statt seiner unterschrieben werden[88]). In so weit konnte denn auch in der angeführten Stelle der Notariatsordnung gesagt werden:

„der Testator müsse das Testament, es sey von desselben eigenen oder von eines jeden andern Hand geschrieben, vor den dazu berufenen sieben Zeugen unterschreiben.

Von dem Falle der *L.* 28. *C. de testam.* in welchem keine Unterschrift des Testators erforderlich seyn soll, ist zwar nichts gesagt; und es könnte daher ein Zweifel entstehen, ob nicht dennoch auch in diesem Falle nach der Notariatsordnung, welche ihn nicht ausdrücklich ausnimmt, eine Unterschrift des Testirers oder eines achten Zeugens erforderlich sey? Allein noch nie hat hier

88) S. von Löhr kurze Bemerkungen aus dem Gebiete des Erbrechts. §. 5. (im Archiv für die civilist. Praxis. 2. B. S. 191.) und Schweppe röm. Privatrecht. §. 816.

ein Rechtsgelehrter an einen Zweifel gedacht, sondern alle lehren ohne Ausnahme, daß im Falle der *L.* 28. *cit.* die Unterschrift des Testirers nicht erforderlich sey[89]).

Eine Untersiegelung des Testirers ist jedoch nirgends vorgeschrieben[90]). Es ist auch genug, wenn es der Testator nur einmal am Ende oder auch an jedem beliebigen Orte des Testaments[91]), unterschreibt, ob es gleich gewöhnlich, um alle Verfälschung zu verhüten, unter jedem Blatt vom Testator pflegt unterschrieben zu werden[92]).

89) S. Stryck de caut. testam. Cap. XV. §. 5. Schilter Prax. iuris Rom. Exercit. XXXVIII. §. 38. Manz de testam. valido vel inval. Tit. IV. Qu. I. nr. 114. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 71. de Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 4. pr. Hofacker Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1265. Claproth von Testamenten. §. 26. Puchta Handb. des gerichtl. Verf. in nichtstreit. bürg. Rechtssachen 2. Th. §. 246. S. 274.

90) *Casp.* Manzius de testam. valido vel inval. Tit. IV. Qu. 1. nr. 115. pag. 228. *Jo. God.* Schaumburg Compend. iuris Dig. h. t. §. 17. *Just. Henn.* Boehmer Introd. in ius Dig. Tom. II. h. t. §. 19. Valett Lehrbuch des pract. Pandect. Rechts. III. Bd. §. 967. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 61. Anderer Meinung ist *Lud. God.* Madihn Princ. iur. Rom. de successionib. §. 69.

91) Anderer Meinung ist zwar *Chr. Gotth.* Hübner Disputat. iuris civ. Lib. I. Cap. 4. pag. 60. sqq. Allein man sehe Marezoll's Bemerkungen — über einzelne Fragen aus dem röm. Civilrechte, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Grolman und von Löhr 4. Bandes 2. Hft. Nr. XI. §. 2. S. 166. f.

92) S. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 446.

Noch muß ich einiger kühner Behauptungen gedenken, welche offenbar zu verwerfen sind. Erstens will von Leyser [93]) behaupten, ein Testament sey nicht ungültig, welches der Testator nicht in Gegenwart der Zeugen unterschrieben hat, wenn er nur vor denselben erkläre, daß es seine Unterschrift sey. Denn es würde hart seyn, wegen Unterlassung dieser geringen Solennität, das ganze Testament für nichtig zu erklären. Die *L.* 15. *C. de testam.* sage: **Indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas, et iudicia mortuorum.** Man müsse hier nach dem Ausspruche des Marcellus *L.* 183. *D. de Regg. iuris* die Billigkeit der strengen Rechtsform vorziehen. Allein sowohl die römischen als deutschen Reichsgesetze erfordern ausdrücklich, daß der Testirer das Testament in Gegenwart der vor ihm versammelten sieben Zeugen mit der Erklärung unterschreibe, daß das vorliegende Testament seinen letzten Willen enthalte, und die dagegen angeführten Gesetze des röm. Rechts berechtigen zu keiner Annahme. Denn die *L.* 15. *C. de testam.* hebt bloß das Formelwesen des Alterthums bey der Erbeinsetzung auf [94]), und die *L.* 183. giebt in Verbindung mit *L.* 7. *D. de in integr. restitut.* welche beyde aus MARCELLI *libro III. Digestorum* genommen sind, den Grund an, weshalb denen, welche ihrer Abwesenheit wegen die Form des Prozesses nicht gehörig beobachtet, und daher wegen Versäumniß ihr Recht verloren haben, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen soll [95]).

93) Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLV. med. 5.

94) S. Westphal von Testamenten. §. 227.

95) S. den 1. Th. des Commentars. §. 30. S. 211.

Beyde Gesetze finden also hier keine Anwendung, weil bey Testamenten die Vernachlässigung der gesetzlich vorgeschriebenen Form die absolute Nichtigkeit der Handlung zur Folge hat.

Zweytens behaupten mehrere [96]), wenn der Testirer selbst nicht schreiben kann, so könne die Unterschrift desselben auch mit geführter Hand geschehen, und diese Unterschrift sey der Wirkung nach einer ganz eigenhändigen von Seiten des Testirers gleichzuachten. Nach dieser Meinung ist auch in der Praxis gesprochen worden [97]). Allein in der Theorie ist diese Meinung schlechterdings zu verwerfen [98]). Denn sie ist 1) den Gesetzen geradezu entgegen, welche ausdrücklich vorschreiben, daß der Testator das Testament *sua manu*, mit eigner Hand, unterschreibe, eine geführte Hand aber ist keine eigne Hand, sondern eine fremde Hand. 2) Ist ja gerade in einem solchen Falle, da der Testirer

96) *Lüd.* Mencken Pand. h. t. §. 13. et 14. *de* Berger Oecon. iur. Lib. II. Tit. 4. Th. 4. Not. 2. pag. 369. edit. *Haubold.* besonders Ad. Siegm. Phil. Semler: In wie fern ist die Unterschrift mit geführter Hand mit der eigenhändigen bey Sterbeverordnungen von gleicher rechtlicher Wirkung? (im Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeben von Hagemann und Günther. 2. Th. Nr. IV. S. 48—72.)

97) S. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Observat. 877. pag. 485. sqq. *de* Berger cit. loc. pag. 369. et Haubold ad Eundem. not. d. Semlers angef. Abhandl. §. 6. S. 71. f. und Madihn Princip. iuris Rom. de Successionib. §. 69. not. a.

98) S. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 2. Bd. §. 693. not. z. und Seufferts Lehrbuch des practischen Pandectenrechts. 3. Bd. §. 525. Not. 2. S. 119.

nicht schreiben kann, die Zuziehung eines achten Zeugen in den Gesetzen verordnet, der statt des Testirers das Testament unterschreibt. Wozu dieser achte Zeuge, wenn der Testirer mit geführter Hand die Unterschrift selbst verrichten könnte? Die dagegen für jene Meinung vorgebrachten Gründe sind viel zu unbedeutend, als daß sie einer Widerlegung gewürdiget werden könnten.

Die Unterschrift des Testators darf übrigens nicht mit dem bloßen Anfangsbuchstaben, oder mit andern den Namen nicht ausdrückenden Zeichen z. B. durch Kreutze, geschehen, sondern der Name des Testirers muß mit Buchstaben ganz ausgeschrieben werden. Kann der Testator nicht schreiben, so lasse er, wie die Gesetze vorschreiben, einen achten Zeugen statt seiner unterschreiben [99]).

§. 1415. b.

Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen.

Zu den eigenthümlichen Förmlichkeiten eines schriftlichen Testaments gehört endlich **3**) die eigenhändige Unterschrift und Untersiegelung sämmtlicher sieben Zeugen in Gegenwart des Testirers. Daß die Zeugen **a**) mit eigner Hand unterschreiben

99) S. *Jo. Jac.* **Wissenbach** Commentar. ad L. 28. §. 1. C. de testam. pag. 552. Anderer Meinung ist zwar *Jo. Franc. Christph.* **Wiesen** in Diss. de subscriptione testatoris analphabeti per cruces. *Wircelburgi* 1778. 4. Allein man sehe *Ignat. Casp.* **Roth** Diss. de subscriptione testatoris per notas. *Wircel.* 1821. 8. und Seuffert's Lehrb. des Pand. Rechts. 3. Bd. §. 525.

müssen, sagt Paulus *libro tertio Sententiarum* [100]) ausdrücklich:

Singulos testes, qui in testamento adhibentur, *proprio chirographo* adnotare convenit, quis, et cuius testamentum signaverit.

Der Ausdruck *proprio chirographo* heißt hier nichts anders, als mit eigner Hand, wie ich schon an einem andern Orte [1]) gezeigt habe. In den Basiliken [2]) wird das griechische Wort ἰδιοχείρως gebraucht, welches ebenfalls soviel, als eigenhändig, χειρὶ ἰδίᾳ, **propria manu**, heißt, wie es Claudius Salmasius [3]) ganz richtig erklärt hat. Auch in der Notariatsordnung Maximilans I. Tit. von Testamenten §. 7. wird ausdrücklich gesagt:

„durch die sieben Zeugen mit eignen Händen unterschrieben — werde."

Die Zeugen bey einem schriftlichen Testamente müs-

100) *L.* 30. *D. h. t.*

1) S. §. 1412. b. Not. 43. S. 275. Ich füge hier nur noch einige treffende Beweisstellen hinzu. Cicero *ad Familiares. Lib. II. Epist.* 13. *ad Atticum Lib. II. Epist.* 20. *Orat. Philipp. II. cap.* 4. Suetonius *in Nerone. Cap.* 20. Besonders häufig kommt die Redensart vor: *chirographum alicuius imitari*, eines Andern Hand nachmachen. Cicero *de natura Deorum.* Lib. III. Cap. 30. Suetonius *in Augusto.* cap. 64. in fin. et *in Tito Flav. Vespasiano.* Cap. 3. in fin. S. Forcellini Lexic. tot. Latinitat. v. *Chirographum.*

2) Tom. IV. Lib. XXXV. Tit. 1. Const. 30. pag. 773.

3) De subscribend. et signand. testamentis. Cap. XXIII. pag. 233. et Cap. XIX. pag. 194. sq.

sen daher alle Schreibenskundig seyn. Die nicht schreiben können, sind hier schlechterdings unfähige Zeugen. Denn kein Zeuge kann für den andern unterschreiben [4]). Die Ausnahme, welche die *L. ult. C. de testam.* bey einem auf dem Lande zu errichtenden Testamente im Nothfalle macht, bestätigt diese Regel noch mehr [5]). Derselbe Paulus sagt aber auch noch b) die Zeugen sollen nicht nur das Testament eigenhändig unterschreiben, sondern sie sollen auch bey ihrer Unterschrift ausdrücklich bemerken, wer sie sind, und wessen Testament sie unterschrieben haben: *quis, et cuius testamentum signaverit*, das heißt hier nicht bloß, wessen Testament sie gesiegelt, sondern auch unterschrieben haben. Denn auch diese Bedeutung hat das Wort **signare**, wie Salmasius [6]) bewiesen, und insonderheit durch die Basiliken [7]) bestärkt hat, welche das Wort *signaverit* durch ὑπέγραψε übersetzt haben, denn dieses bedeutet eigentlich soviel, als **subscripserit**, wie es auch Fabrot übersetzt hat. Mehrere Rechtsgelehrten [8])

4) S. Bachov. ad *Treutlerum*. Vol. II. Disp. X. Th. 5. Lit. D. pag. 548. und *Burch*. Bardili Disp. de Subscriptione. Cap. IV. nr. 28 — 30.

5) *Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. de Successionib. §. 69. not. a.

6) Cit. loc. p. 231. sqq. et Cap. XXIV.

7) Loc. cit. Ich füge noch die Stelle aus Festus *de Verb. Signif.* vocabul. *Signare* hinzu.

8) *Casp.* Manz de testam. valido vel inval. Tit. IV. Qu. I. nr. 119. et 120. pag. 229. sq. und besonders *Ge. Lud.* Boehmer Testamenti signati et subscr. a testib. in involucro vis et auctorit. vind. §. VIII. (*Elector.* Tom. I. pag. 50. sq.)

haben zwar geglaubt, eine solche specielle Unterschrift der Zeugen sey nicht **iure legeque** vorgeschrieben, es schade also nichts, wenn auch der Zeuge seinen bloßen Namen, ohne Weiteres, unterschrieben habe. Denn Paulus sage nicht **debet**, sondern ***convenit***. Dieses Wort drücke aber keine gesetzliche Nothwendigkeit aus. **Quae enim negotio tantum *conveniunt*, ad formam eius et necessariam solemnitatem non pertinent.** Allein man hat hier offenbar geirrt. Denn das Wort ***convenit***, wenn es, wie hier, mit dem Infinitiv gebraucht wird, muß durch eine Ellipse erklärt, und dabey **rationi iuris**, oder **veritati** supplirt werden [9]). Daß es aber dann wirklich die Bedeutung einer gesetzlichen Nothwendigkeit und Vorschrift habe, beweist schon die uns am nächsten liegende Constitution des Kais. Theodosius **II.** nämlich die ***L.* 21.** (***pr. C. de testam.***) wo es am Schluß heißt: **Non subscriptum autem a testibus, ac non signatum testamentum pro infecto haberi *convenit*.** Noch mehrere Beweisstellen aus den Gesetzen von dieser Bedeutung des Worts **convenit** hat Brissonius [10]). Man wendet zwar dagegen ein, daß weder im Codex noch in den Institutionen dieser Solennität gedacht werde, es könne also auch nicht weiter darauf Rücksicht genommen werden. Allein daraus folgt nicht, daß sie dadurch aufgehoben worden sey. Daher haben auch die Basiliken [11]) die ***L.* 30.** ***D. h. t.***

9) Man vergl. hier vorzüglich *Frid.* **Hänel Commentat. de verborum formulis, quibus ICti veteres simul et affirmare, et affirmandi rationem significare soliti sunt.** (*Lipsiae* 1821. 8.) §. 3.

10) De verbor. Significat. voc. *Convenire*. nr. 4. pag. 266.

11) Lib. XXXV. Tit. 2. Const. 21. Tom. IV. pag. 773. et 774. sq. edit. *Fabroti*.

mit der *L.* 21. *C. de testam.* als ein neben einander bestehendes Recht aufgenommen. Daß man aber auch in der alten Praxis die *L.* 30. als eine gültige Vorschrift anerkannt habe, beweisen die Unterschriften der Zeugen unter den Testamenten, welche uns aus dem 4. und 6. Jahrhundert sowohl in der griechischen als lateinischen Sprache aufbehalten worden sind, so wie wir sie bey Spangenberg[12]) aus sichern Quellen finden. So hat, um nur ein Beyspiel anzuführen, in dem griechisch verfaßten Testamente des Bischofs Gregorius Nazianzenus[13]) jeder Zeuge neben seinem Namen nicht nur, wer er sey, bemerkt, sondern auch noch die Worte beygefügt: *παρὼν τῇ διαθήκῃ τοῦ αἰδεσιμωτάτου ἐπισκόπου Γρηγορίου, καὶ παρακληθεὶς παρ' αὐτοῦ ὑπεγραψα χειρὶ ἐμῇ.* i. e. *interfui testamento reverendissimi Episcopi* GREGORII, *et ab eo rogatus subscripsi manu mea.* Solche specielle Unterzeichnungen der Testamentszeugen finden wir auch bey den lateinischen Testamenten, z. B. bey dem des Gothen Mannanes vom Jahre 572. bey Spangenberg[14]), wo jeder Zeuge bey seines Namens Unterschrift bemerkt hat: *huic testamento rogatus a* MANNANE *viro devoto, filio quondam Nanderit, ipso praesente et subscribente, atque ei testamentum relictum, per quod constituit heredem sanctam ecclesiam catholicam Ravennate testis subscripsi.* Daß das Gesetz eine solche specielle Unterschrift der Testamentszeugen wirklich erfordere, nämlich, daß jeder Zeuge bey

12) Juris Rom. tabulae negotior. solemn. superstit. pag. 71. sqq.

13) S. SPANGENBERG pag. 79.

14) Libr. cit. Nr. XVIII. pag. 127.

seiner Unterschrift deutlich angebe, wer er sey, und wessen Testament er unterzeichnet habe, behaupten auch Franz Duarenus[15]), Hugo Donellus[16]), Claud. Salmasius[17]), Sam. Stryck[18]) u. a. Allein da die Notariats-Ordnung dieses nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat; so wird h. z. T. die bloße Namens-Unterschrift der Zeugen für hinreichend gehalten[19]). Die Zeugen müssen endlich c) auch das Testament unterſiegeln, oder besiegeln, zusiegeln, **signare, obsignare**, d. h. wie Festus[20]) sagt, **annulo signa imprimere**, oder wie Seneca[21]): **tabulis testamenti annulum imprimere.** Das Unterſiegeln allein, ohne die Namens-Unterschrift ist nicht hinreichend, und jenes kann diese nicht ergänzen. Hat daher ein Zeuge zwar unterschrieben, aber nicht gesiegelt, oder er hat zwar gesiegelt, aber nicht unterschrieben; so ist das ganze Testament nichtig. Ulpian sagt *libro XXXIX. ad Edictum*[22]):

15) Comment. in h. Tit. Pand. Cap. *de testamento in scriptis*. §. Tertio. *Operum* pag. 324.

16) Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 8. §. 3.

17) De subscrib. et sign. testam. Cap. XXI.

18) De caut. testamentor. Cap. XV. §. 38.

19) S. Just. Claproth Abh. von Testamenten. §. 23. S. 128. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 447. Not. 1. Barett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3 Bd. §. 967. von Hartitzsch Erbrecht. §. 60.

20) *De Verbor. Signif.* h. v. Doch sagt Festus, das Wort *signare* bedeute bey den Alten auch soviel, als scribere, daher die Wörter *subsignare* und *consignare* für subscribere und conscribere, wie das Wort *signare* auch Paulus *L.* 30. *D. h. t.* gebraucht zu haben scheint.

21) *Epist.* 8. nr. 5.

22) *L.* 22. §. 4. *D. h. t.*

Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit: pro eo est, atque si adhibitus non esset: et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus.

Eben ſo reſcribirten die Kaiſer Diocletian und Maximian in der ***L.* 12. *C. de testamentis:*** **Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, iure deficit testamentum.**

Von dieſem Siegeln des Teſtaments erhalten die Zeugen den Namen **signatores** in unſern Geſetzen[23]), und Feſtus ſagt, die Zeugen wären *classici testes* genennt worden, **qui signandis testamentis adhibebantur.** Das Inſtrument, deſſen ſich die Zeugen zum Unterſiegeln des Teſtaments bedienten, war bey den Römern ein Ring, den der Römer an der linken Hand auf dem Finger trug, welcher dem kleinen am nächſten iſt, und jetzt noch gewöhnlich der Goldfinger genennt wird, den aber die Alten davon *δακτηλιώτης*, *annularis*, nannten, und Macrobius[24]) **medicinalis** nennt. Dieſer Ring war gewöhnlich von Gold, und mit einer Gemme verſehen, worauf ſich ein **character**, d. h. etwas Ausgezeichnetes im Bildniß ausdrückte[25]), **ut ille digi-**

23) ***L.* 4. *L.* 6. *et L.* 7. *D. Testam. quemadm. aper.*** **(XXIX. 3.)** und ***L.* 3. §. 5. *D. de tabul. exhib.*** **(XLIII. 5.)**

24) ***Saturnal. Lib. VII. Cap.* 13.**

25) Man vergleiche hier vorzüglich ***Jo.* Kirchmann de annulis lib. sing.** ***Francofurti* 1672. 8. Cap. 3—5.** ***Georg.* Longi Tr. de annulis signatoriis Antiquorum, s. de vario obsignandi ritu. (*Lugd. Bat.* 1672. 8.) Cap. 3—6.** ***Henr.* Kornmann Tr. de annulo triplici, usitato, spon-**

tus annulo tamquam corona circumdaretur, wie Macrobius sagt. Einen solchen Ring trug man nicht sowohl zur Zierde, als vielmehr zum Siegeln bey sich, wie Atteius Capito beym Macrobius[26]) sagt. Daher hieß er **annulus** *signatorius*[27]), und Flavius Vopiscus[28]) nennt ihn *sigillaritius*. Man betrachtete ihn als ein Symbol der Festigkeit und Treue[29]), besonders bey der Untersiegelung der Testamente, denen man eine gewisse Heiligkeit beylegte[30]). Daher sagt Kr. Leo der Philosoph[31]): **Signacula subscriptionibus fidem praebent.** Ob man sich aber nur allein eines solchen Ringes zum Untersiegeln des Testaments bedienen durfte, oder ob das Untersiegeln auch mit einem

salitio; signatorio. (*Lugd. Batav.* 1672. 8.) P. III. pag. 44. sqq. und *Sam.* Pitiscus Lexic. Antiquitat. Rom. Tom. I. voc. *Annulus* pag. 100. sqq. besonders *vv. Annulus signatorius* pag. 105.

26) Cit. loc. pag. 677. edit. *Zeune* (*Lipsiae* 1774. 8.) *Veteres non ornatus, sed signandi causa, annulum secum circumferebant. Unde nec plus habere, quam unum licebat, nec cuiquam nisi libero: quos solos* FIDES *deceret*, (wohl besser discerneret) *quae signaculo continetur.* Paulus sagt daher *L.* 174. *D. de Verb. Signif.* SIGNATORIUS ANNULUS ornamenti appellatione non continetur. S. Kirchmann cit. Lib. Cap. 5. Longus c. Tr. Cap. 3.

27) *L.* 174. *D. cit.*

28) In *Divo Aureliano* Cap. 50.

29) Kirchmann de annulis cap. 18. pag. 121. Auch als ein Symbol des Eigenthums und der Erbeinsetzung. Cap. XXII. p. 165. sqq. Longus Cap. IV. pag. 30.

30) S. den 33. Th. des Commentars §. 1402.

31) *Novella XLII.*

andern, dem Siegelring ähnlichen Instrumente, geschehen konnte, war zweifelhaft. Ulpian äußert sich darüber folgendermaßen.

L. 22. §. 5. *D. h. t.* **Signum autem utrum annulo tantum impressum adhibemus, an vero et si non annulo, verum alio quodam impresso? Varie enim homines signant: et magis est, *ut tantum annulo quis possit signare*, dum tamen habeat** *χαρακτηρα* [32]).

Man streitet jedoch über die Lesart. Viele [33]) wollen bey den Worten ut tantum ein *non* einschalten, und nun der Stelle den Sinn beylegen, man könne sich zum Untersiegeln des Testaments auch wohl eines andern Instruments, als gerade eines Siegelringes, bedienen, wenn es nur eine solche, sich auszeichnende Figur, wie auf einem Siegelring, ausdrücke. Andere [34]) hingegen

32) Die Worte: **id est, formam, insculptamque signis imaginem**, welche in mehreren alten Ausgaben, z. B. in den Gothofredischen, befindlich sind, und welche auch **Pothier** in **Pand. Justin. h. t. Nr. XXXII.** aufgenommen hat, hat die florentinische Ausgabe nicht, auch nicht Haloander, wie aus Versehen in der Göttinger Ausgabe angegeben wird.

33) *Franc.* **Hotomanus Observation. Lib. I. Cap. 20. (21.)** *Hug.* **Donellus Commentar. de iure civili. Lib. VI. cap. 8. §. 4. (Vol. III. pag. 324. edit. noviss. *Norimberg.*)** *Marc.* **Lyklama *a* Nyholt Membranar. Vol. I. Lib. II. Ecclog. 3. et Vol. II. Lib. VII. Eccl. 34. pag. 373. sqq.** *Claud.* **Salmasius de modo usurarum. Cap. XI. pag. 456. sq. (*Lugd. Batavor.* 1639. 8.)** *Arn.* **Vinnius Comment. ad §. 5. J. de testam. ordin. nr. 3.** Westphal Theorie des R. R. von Testamenten. §. 213. Bucher System der Pandecten. §. 388. Not. 3. u. a.

34) *Jac.* **Cujacius Observat. Lib. XIV. cap. 11. circ. fin.**

verwerfen diese Critik als ganz unnöthig, und bleiben bey den Worten stehen, so wie sie lauten, nach welchen also ein Zeuge mit keinem andern Instrument, als einem Siegelringe, das Testament besiegeln könne. Beyde Meinungen haben ihre Gründe. Für die erste spricht, daß der Nachsatz mit dem Vordersatze nicht wohl zusammenhängt, wenn man das **non** nicht einschiebt. Denn der Nachsatz enthält eine Einschränkung, welche einen vorhergehenden allgemeinen Satz voraussetzt. Die letzte Meinung hat hingegen für sich, daß bey den Römern nicht alle Ringe gerade Siegelringe waren. Es gab auch Ringe, die keine Signatur oder Sculptur hatten [35]). Daher waren die **annuli** bey den Römern von verschiedener Art [36]), von denen nur die **annuli, praeter signatorios,** wie Ulpian *libro XLIV. ad Sabinum* [37])

Franc. **Duarenus Comm. ad h. Tit. Pand. Cap.** *de testamento* **in scriptis §.** *Quarto* **(***Oper.* **pag. 324.)** *Franc.* **Connanus Commentar. iuris civ. Lib. IX. Cap. 2.** *Guid.* **Pancirolus Thes. variar. Lection. Lib. I. Cap. 14. (in** *Jurispr. Rom. et Attic.* **Tom. II. pag. 943.)** *Lud.* **Charondas Verisimil. Lib. II. Cap. 10. (***in Thes. J. R. Otton.* **Tom. I. pag. 754.)** *Herm.* **Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. I. Cap. 13. pag. 89. sq.** *Jo. Gottl.* **Heineccius Additam. ad** *Vinnium* **c. l.** *Ulr.* **Huber Praelect. ad Instit. Tit. de testam. §. 12.** *Siegm. Reich.* **Jauch de Negationib. Pandect. florent. Cap. XIV. nr. 10. pag. 207.** *Car. Frid.* **Walch ad** *Hoppii* **Comm. ad Inst. pag. 393. not. a. u. a.**

35) **Plinius** *Hist. Natur.* **Lib. XXXIII. Cap. I. Kirchmann cit. lib. Cap. 3. pag. 10.**

36) **S. Kirchmann c. l. pag. 9. sqq.**

37) *L.* **25. §. 10.** *D. de auro, arg. legat.* **(XXXIV. 2.)**

– **S.** *Paganin.* **Gaudentius Exposition. iuridicar. Lib. II. Cap. 44. (in** *Thes. iur. Rom. Otton.* **Tom. II. pag 392.)**

sagt, zur Zierde dienten. Es gab auch Siegel, die nicht die Gestalt eines Ringes hatten, wohl aber eine Figur, oder Bildniß, wie ein Siegelring, ausdrückten, diese nannte man **signacula**[38]. Ulpian deutet hierauf mit den Worten hin, **varie enim homines signant.** Man brauchte sie auch zur Bezeichnung des Hausrathes, des Viehes, u. d.[39]. Weil man aber den Siegelring, den man am Finger trug, sorgfältiger zu verwahren pflegte, als ein anderes Zeichen[40], auch die Signatoren, welche insgemein Freunde des Testirers waren[41], ihre gewöhnlichen Siegelringe kannten, und diese also leichter recognoscirt werden konnten; so führt man auch dieß noch als einen Grund an, warum das Gesetz gerade nur Siegelringe zur Besiegelung der Testamente erfordere[42]. Hierauf läßt sich denn aber freylich erwiedern, es komme nach den Gesetzen nur darauf an, **ut signatum sit testamentum** ***septem testium signis***[43]. Mehr als **signa** erfordere auch der Prätor nicht, und auch nur ihre Siegel brauchten die Zeugen bey Eröffnung des Testaments zu recognosciren. Das Instrument, womit gesiegelt worden, sey gleichgültig. Denn das könne man doch dem Siegel nicht ansehen, ob es gerade mit einem Siegelringe sey aufgedruckt worden, oder mit einem an-

38) S. Salmasius de subscrib. et signandis testamentis. Cap. XIX. pag. 189.

39) S. Kirchmann Cap. 10. Longus de annulis. Cap. 11.

40) S. Kirchmann Cap. XIV. Longus Cap. IV.

41) S. Longus Cap. X. pag. 98. Kirchmann Cap. V. pag. 22.

42) S. Duarenus c. l. und Kornmann de annulo triplici. P. 3. nr. 7. pag. 50.

43) *L.* 23. *D. h. t.*

dern Instrument, welches eben so, wie jener, eine Figur ausdrückt. Denn nicht der **annulus** gehöre zur Solennität des Testaments, sondern das **signum annuli** [44]). Noch mehrere Gründe, weniger nicht, als fünfzehen, führt Lyklama [45]) an. Der Streit ist unnütz, der Zeuge braucht jetzt sein gewöhnliches Petschaft, womit er siegelt. Hat er kein eigenes Petschaft, so kann er auch mit einem fremden Petschaft siegeln [46]). Der Testirer selbst kann dem Zeugen sein Petschaft dazu leihen, und das Testament ist dennoch gültig [47]). Daher kann auch ein Zeuge mit des andern Zeugen Petschaft siegeln, und es ist nicht nothwendig, daß der Zeuge bey der Unterschrift ausdrücklich bemerke, daß er sich eines fremden Petschafts bedient habe [48]). Ja sie können sogar alle mit einem und demselben Petschaft siegeln [49]). Daher sagt Anton

44) Salmasius de modo usurarum. Cap. XI. pag. 457. sagt: **Non enim annuli forma est, quae signum imprimit, sed gemma, quae insignita est aliqua imagine vel charactere.** Von dem Unterschiede zwischen annulus und signum handelt Salmasius de subscrip. et signand. testamentis. Cap. XVII. pag. 161. sqq.

45) Membranar. Lib. VII. Eccl. 34. pag. 373. sqq.

46) *L.* 12. *C. de testam.* Plinius *Hist. Nat.* Lib. XXXIII. Cap. 1. sagt von seinen Zeiten hier sehr treffend: **Nullos omnino annulos maior pars gentium hominumque, etiam qui sub imperio nostro degunt, hodieque habet.**

47) *L.* 22. §. 2. *D. h. t.* Ulp. *libro XXXIX. ad Edictum.* **Si ab ipso testatore annulum accepero, et signavero: testamentum valet, quasi alieno signaverim.**

48) Vinnius Commentar. ad §. 5. J. de testam. ordin. nr. 1.

49) §. 5. *J. de testam. ord.* **Possunt autem omnes testes et *uno annulo* signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod**

Schulting[50]) sehr richtig, bey einem schriftlichen Testamente sey **fides subscriptionis** wichtiger, als die **obsignatio testamenti**, obwohl Atejus Capito bey Macrobius[51]) sagt: **fides signaculo continetur.** Die Notariatsordnung **Tit. I.** von Testamenten §. 7. sagt:

„daß das Testament durch die Zeugen alle mit eignen Händen unterschrieben, und gewöhnlichen Siegeln oder Signeten bezeichnet werden."

Und §. **10.** „Es mögen auch ihrer einer oder mehr, so nicht eigen Signet hätten, eins oder mehr der andern Signeten sich hierin gebrauchen."

Bey den **tabulis testamenti**, die mit Wachs überzogen waren, geschahe das Siegeln der Zeugen bey den Römern ehemals auf der Rückseite, oder dem Umschlage des Testaments. Ein Testament bestand nun gewöhnlich aus mehreren solchen Tafeln, welche mit einander verbunden, einen **codex** ausmachten, so daß also der ***codex testamenti*** ein **contextus plurium tabularum** oder **cerarum** war[52]). Diese **tabulae** waren nach ihren

Pomponio visum est? Sed et alieno quoque annulo licet signare. Statt ***Pomponio*** lesen mehrere Ausgaben, z. B. Haloander, Baudoza, Russard, Vinnius, und andere, **Papiniano.** Allein unrichtig. Theophilus hat **Pomponio.**

50) Ad **Pauli** ***Sentent. Recept.*** **Lib. IV. Tit. 6. §. 1. not. 5.** (in ***Jurispr. vet. Antejust.*** pag. 401.)

51) ***Saturnal.*** **Lib. VII. Cap. 13.**

52) ***L.*** 1. §. 6. ***D. de bonor. possess. secund. tabb.*** **Varro** sagt bey **Nonius Marcellus** ***de proprietate sermonum*** pag. 560. (***Antverp.*** 1565. 8.) Antiqui plures tabulas coniunctas ***Codices*** dicebant; und **Seneca** ***de brevitate***

Theilen und Namen unterschieden, daher *prima cera* [53]) für prima tabula, *ima cera* [54]), *ima pars testamenti* [55]), *extrema cera codicis* [56]), für ultima tabula, oder ultima pars tabularum. Gajus [57]) unterscheidet priores und inferiores tabulae testamenti. Letztere enthielten gewöhnlich die Pupillar-Substitution, und waren daher, wie Gajus sagt, propria cera versiegelt [58]); doch auch nicht gerade diese allein, die substitutio überhaupt, und also auch die vulgaris, pflegte in secundis tabulis, oder, wie Marcellus [59]) sagt, in novissima parte testamenti angeordnet zu werden. Diese tabulae testamenti, übereinander gelegt, wurden nun mit Bindfaden zusammengeschnürt, und dieser Faden, linum, pflegte wohl drey bis viermal um die tabu-

vitae Cap. 13. Plurium tabularum contextus *caudex* apud antiquos vocabatur. S. Oiselius ad Gaji *Institution.* Lib. II. Tit. 4. §. 2. not. 15. (in *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 112.) und Grupen de forma testamentor. iudicial. et privator. in scriptis. §. 8. Adject. Eius Observationib, de forma conficiendi acta apud Roman. Observat. II. pag. 159. sqq.

53) Horatius *Sermon. Lib. II. Eccl.* 5. *v.* 53. Suetonius *in Nerone cap.* 17.

54) Suetonius *in Julio Caesare. Cap.* 83.

55) *L.* 34. §. 1. *D. de usu et usufr. legat.* (XXXIII. 2.)

56) Cicero *in Verrem. Lib. I. cap.* 36.

57) *Institut. Commentar. II.* §. 181.

58) Oiselius c. l. not. 16. in Schulting *Jurispr. Antej.* pag. 112.

59) *L. ult. D. de fideicommiss. libertat.* S. auch *L.* 12. *D. de vulg. et pup. subst.* und Salmasius de modo usurarum. Cap. XI. pag. 465 — 468.

lae gewickelt zu werden, so daß wenn auch eins oder das andere von diesem Gebinde zerrissen, zerschnitten, oder von Mäusen zernagt war, und die tabulae nur noch durch Eins zusammengehalten wurden, dieselben noch immer für signatae gehalten werden mußten [60]). Der Faden ward dann an den zusammengeknüpften Enden mit Wachs überklebt, und auf dieses Wachs drückten die Zeugen ihre Siegel. Der Name des Testirers stand schon mit dem Namen des Erben in der ersten Tafel [61]).

60) *L.* 1. §. 11. *D. de bonor. possess. sec. tabb.* Si rosae sint a muribus tabulae, vel linum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum, vel situ vel casu: et sic videntur tabulae signatae, maxime si proponas, vel unum linum tenere. Si ter forte vel quater linum esset circumductum, dicendum est, signatas tabulas eius extare, quamvis vel incisa vel rosa sit *pars uni.* Höchst wahrscheinlich ist hier mit Haloander pars lini zu lesen. So lesen auch Baudoza, Merlinus, und Miräus, und *Jo. Guil.* Marckart Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. Cap. 9. §. 3. pag. 61. billiget ebenfalls diese Lesart. Der unsterblich verdiente Haubold in Specim. de militum honesta missione. Cap. II. §. 2. (in *Opuscul.* Vol. II. pag. 828.) will zwar die Lesart *unius* sc. lini vorziehen; es läßt sich auch dafür anführen, daß das *uni* hier vielleicht eben so für unius, wie das *alii*, statt alius, in *L.* 156. §. 2. *D. de Reg. iuris* gesetzt seyn könne. S. *Car. Andr.* Ducker Opusc. de Latinitate ICtorum veter. pag. 369. Allein daß die Lesart: pars unius lini, keinen rechten Sinn gebe, hat *Frid. Car. Gust.* Stieber in Praefatione Volum II. *Opusculor.* Haubold praem. pag. 82. gezeigt.

61) Porphyrius macht bey der Stelle des Horatius Sermonum *Lib. II. Eccl. V. v.* 53. *et* 54. — *quid prima secundo cera velit versu*, folgende Bemerkung: Bene hoc et

So mußten also eigentlich die tabulae selbst besiegelt werden [62]). Weil jedoch durch das bloße Umwickeln der Testaments-Tafeln mit Bindfaden, und durch das Besiegeln derselben auf Wachs die Testamente gegen Betrug und Verfälschung nicht genug gesichert waren, wie das Beyspiel beweist, welches Cicero [63]) von einem gewissen Oppiniacus erzählt; dergleichen Verfälschungen, aber auch bey andern tabulis, die über Verträge waren gemacht worden, vorgekommen seyn mochten [64]); so wurde, um alle Verfälschungen bey den tabulis zu verhüten, unter dem Kaiser Nero durch einen Senatsschluß, welcher daher Senatusconsultum *Neronianum* gewöhnlich genennt wird, eine eigene Form der Versiegelung eingeführt, welche darin bestand, daß die tabulae am äußersten Rande in der Mitte durchbohrt, und mit einer durch dieses Loch gezogenen dreyfachen Schnur zusammengebunden, und so auf der Außenseite durch die Zeugen versiegelt werden, anderergestalt nicht gelten sollten. Suetonius [65]) spricht davon bloß geschicht-

iuxta ordinem, quia prius testatoris nomen, deinde heredis. Man vergleiche auch Suetonius *in Nerone Cap. XVII.* und Salmasius de modo usurarum Cap. XI. pag. 458. sqq.

62) S. *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de testam. signati et subscripti a testib. in involucro vi et auctorit. §. IX. (in *Elect. iuris civ.* Tom. I. pag. 52.)

63) *Orat. pro A. Cluentio.* Cap. 14.

64) Hesychius sagte schon: *οὐδὲν εὖ σεσήμανται τὸ μὴ οὐχὶ τὸν ῥύπον ἀνασπάσαι.* i. e. *Nihil tam bene obsignatum esse, quin cera avelli queat ac resignari.* S. Salmasius c. l. pag. 452.

65) *In Nerone. Cap. XVII.*

lich, wenn er in der Biographie des Nero erzählt: **Adversus falsarios tunc *primum*[66]) repertum, ne tabulae, nisi pertusae, ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur.** Julius Paulus[67]) aber hat uns den vollständigen Inhalt des Neronianischen Senatsschlusses aufbehalten. Er sagt nämlich:

Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quae publici, vel privati contractus scripturam continent[68]), adhibitis testibus ita signari, ut in summa

66) Früher war wohl diese Art der Versiegelung schon bey den Soldaten-Abschieden üblich, wenn die missio militum honesta war, wie die Beyspiele in Haubold Specim. iuris Rom. testimoniis de militum honesta missione, quae in tabulis aeneis supersunt, illustrati Vol. II. *Opusculor.* pag. 852. sqq. beweisen, unter denen das älteste vom Kaiser Claudius ist. Daß die Art der Verschließung und Versiegelung dieser Soldaten-Abschiede derjenigen ganz gleich war, welche in dem Neronianischen Senatusconsultum vorgeschrieben ist, hat Haubold cit. Specim. Cap. II. §. I. pag. 823. sq. gezeigt. Wahrscheinlich ward also dasjenige, was schon vorher durch den Gebrauch eingeführt war, durch das Neronianische Senatusconsultum als eine allgemeine Vorschrift für die Versiegelung aller tabularum festgesetzt.

67) *Sententiar. Receptar. Lib. V. Tit.* 25. §. 6.

68) Daß die Römer, wie die Griechen, die Urkunden über geschlossene Contracte, (syngraphae) von Zeugen unterschreiben ließen, und besiegelten, und diese tabulae bei einem gemeinschaftlichen Freunde deponirten, bis sie bey einem etwa entstandenen Streite davon Gebrauch zu machen, veranlaßt wurden, hat Salmasius de modo usurar. Cap. X. pag. 395. sqq. gezeigt. Allein ob unter den tabulae, quae publici vel privati contractus scripturam continent,

marginis [69]) ad mediam partem perforatae triplici

auch Teſtamente zu verſtehen ſind, iſt zweifelhaft. SALMASIUS libr. cit. Cap. XI. pag. 469. sqq. will dieſes behaupten, und zwar wären die Teſtamente unter die contractus publici gezählt worden, zwar nicht deswegen, weil Papinian *L.* 3. *D. h. t.* ſage, die testamenti factio ſey nicht privati, ſondern publici iuris, denn es folge nicht, daß wenn Jemand, dem das ius testandi zuſteht, ein Teſtament gemacht hat, dieſes pro publico zu halten ſey. Es ſey auch noch kein Beweis dafür, daß in der *L.* 2. *D. Testam. quemadmod. aperiant.* geſagt werde: Tabularum testamenti instrumentum — publicum est instrumentum. Denn dieſes habe nur Beziehung darauf, daß das Teſtament kein instrumentum unius hominis, hoc est, heredis, ſondern universorum ſey, quibus quid illic adscriptum est. Auf dieſe Art würde ſonſt jeder Contract, der unter mehreren Perſonen geſchloſſen worden, ein contractus publicus ſeyn. Warum denn alſo? Einen andern Grund anzugeben, hat der gelehrte Salmaſius vor aller Gelehrſamkeit vergeſſen. *Ant.* SCHULTING in Jurispr. vet. Antejust. pag. 517. not. 44. widerſpricht zwar dem Salmaſius inſofern, daß die angeführten Worte des Senatusconſultums nicht auf Teſtamente paſſen. Denn daß die Teſtamente unter dem Wort contractus nicht begriffen waren, lehre *L.* 20. *D. de Verb. Signif.* Er meint aber doch, das Senatusconſultum müſſe auch bey Teſtamenten gegolten haben, weil Suetonius von tabulis überhaupt rede. Der Zuſammenhang mit den folgenden Worten deſſelben: *Cautum, ut in testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto, vacuae signaturis ostenderentur*, ſcheint mir keinen Zweifel übrig zu laſſen. Vielleicht, ſagt Schulting weiter, habe dieſes auch Paulus ſelbſt an einem andern Orte geſagt, die Stelle ſey aber nicht mehr vorhanden. Sollte aber nicht vielleicht doch das Senatusconſultum auch die Teſtamente unter den angeführten Worten mit begriffen haben, weil doch eine Hauptform des röm. Teſtaments,

lino constringantur: atque impositum [70]) supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent [71]). Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.

In der Folge ward zwar, vermuthlich durch die nämlich die per aes et libram, ganz contractmäßig war, und daher Testamente mit Contracten in mancher Hinsicht eine Aehnlichkeit hatten? S. Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. II. Cap. 2. und Schrader vom Ursprunge der Vertragsform (aes et libram) bey den Testamenten der Römer. (in Hugo civilist. Magazin 5. Bd. S. 152. ff.)

69) Statt *marginis* will Salmasius c. l. pag. 454. summa margine lesen.

70) *Impositum* ist wohl offenbar eine falsche Lesart, denn impositum supra linum hat keinen Sinn. Wohl aber sagt man, cera lino imponitur, huicque cerae signa imprimuntur. Statt impositum will daher Salmasius *impositae* supra linum cerae lesen. Diese verbesserte Lesart, welche auch Schulting c. l. not. 50. pag. 517. billiget, verdient allerdings Beyfall. Man vergl. auch Oiselius ad Gaji *Institution. Epitome* Lib. II. Tit. 4. §. 2. (in Schulting Jurispr. Antejust. pag. 112. Not. 16.)

71) Statt *exteriores scripturae* liest Salmasius exterior cera, weil auf der Aussenseite nur die Siegel aufgedrückt, aber nicht die Namen der Zeugen geschrieben wurden. Ihm stimmt auch Schulting cit. loc. not. 51. bey, jedoch will er lieber im Pluralis exteriores cerae lesen, worunter denn die Siegel der Zeugen zu verstehen sind. Anderer Meinung ist jedoch Haubold cit. Specim. Cap. II. §. 2. pag. 831. sq. welcher die gemeine Lesart: exteriores scripturae darum beybehalten will, weil die Aussenseite der tabularum nicht bloß die aufgedrückten Siegel der Zeugen, sondern auch neben denselben die Namen der Zeugen dem Auge dargestellt habe. Es wird davon nachher die Rede seyn.

Interpretation der röm. Rechtsgelehrten, und den Gerichtsgebrauch eingeführt, daß wenn die **tabulae testamenti** in Leinwand eingewickelt, und die Siegel von den Zeugen auf den Umschlag gedrückt worden, diese Versiegelung für eben so gültig angesehen seyn solle, als wenn derselbe auf die Art, wie das Senatusconsultum vorschreibt, mit Bindfaden wäre zusammengeschnürt worden. So ist wohl Ulpian zu verstehen, wenn er *L.* 22. §. *ult. D. h. t.* sagt:

Signatas tabulas accipi oportet, et si linteo, quo tabulae involutae sunt, signa impressa fuerint.

Allein bey den **tabulis** ohne Umschlag blieb es bey der Vorschrift des Neronianischen Senatsschlusses [72]). Nach dieser Art der Versiegelung des Testaments konnte daher kein Testament gültig eröffnet werden, wenn nicht die Zeugen zuvor ihre Siegel recognoscirt hatten. So sagt Ulpian *L.* 4. *D. Testam. quemadm. aperiant.* (XXIX. 3.)

Cum ab initio aperiendae sunt tabulae, Praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire, et *sigilla sua recognoscere.*

Und Paulus [73]) lehrt: **Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes, vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum: *ita ut, agnitis signis, rupto lino, aperiatur, et recitetur.***

War also dieser leinene Umschlag, worauf die Zeu-

72) S. Grupen Observat. cit. II. de forma testamentor. §. 6. in fin. pag. 140.

73) *Sentent. Recept. Lib. IV. Tit.* 6. §. 1.

gen gesiegelt hatten, aufgerissen, oder der Bindfaden, womit die **tabulae** zusammengebunden waren, durchschnitten, und es war nicht von einem Andern wider den Willen des Testators geschehen, sondern von dem Testator selbst; so wurden die **tabulae** nun nicht mehr für signirt gehalten, und es konnte daraus, wie Ulpian[74]) sagt, keine **bonorum possessio** gesucht werden. So lange also die Testamente der Römer auf **tabulae ceratae** geschrieben wurden, siegelten die Zeugen auf die Außenseite, oder den Umschlag des Testaments, und davon finden sich noch Spuren in den Justinianeischen Gesetzsammlungen[75]). Da nun die Zeugen nicht immer alle ihre eigene Siegel hatten, sondern ein Zeuge sich des andern Zeugen, oder auch wohl des Testirers eigenen Siegels sich bedienen, ja alle Zeugen sogar mit einem Siegel das Testament besiegeln konnten; so ist es wohl sehr natürlich, daß sie zu den Siegeln ihre Namen beygeschrieben, und dabey zugleich bemerkt haben, wessen Testament es sey, auf welches sie ihre Siegel gedrückt haben. Es ist dieses auch schon darum ganz vernünftig, weil man sonst, wenn sich die Zeugen bloß im Testament unterschrieben hätten, vor der Eröffnung des Testaments nicht hätte wissen können, wer die Zeugen sind, um sie zur Recognition der Siegel vorzuladen. Diese Recognition mußte aber noch vor der Eröffnung geschehen. So erklärt sich nun auch sehr leicht, wenn Ulpian[76]) sagt: **Si quis ex testibus nomen suum non *adscripserit*, verumtamen *signaverit*,**

74) *L.* 1. §. 10. *D. de Bonor. possess. sec. tab.*

75) §. 3. *J. de pupill. substit.* (II. 16.) *L.* 30. *C. de testam.*

76) *L.* 22. §. 4. *D. h. t.*

pro eo est, atque si adhibitus non esset; und Paulus[77]): Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo *adnotare* convenit, *quis*, et *cuius testamentum signaverit*. Wozu hätten auch die bloßen Siegel genützt? wie konnte man denn wissen, welchem Zeugen jedes Siegel gehöre, wenn nicht die Namen neben den Siegeln beygeschrieben waren? Hierauf deuten auch wohl die Worte des Neronianischen Senatusconsultums hin: *ut* EXTERIORES SCRIPTURAE *fidem interiori facerent*[78]). Mußte denn nun aber nicht auch das Testament selbst noch besonders von den Zeugen unterschrieben werden? Man sollte es glauben. Denn Erstens sagt Sueton, in dem Senatusconsultum sey auch verordnet, ut in testamentis primae duae cerae, testatorum modo nomine inscripto, vacuae[79]) *signaturis* ostenderentur. Wozu sollten aber diese primae duae cerae den Zeugen vorgezeigt werden, in denen bloß der Name des Testirers geschrieben war? Wozu anders, als daß auch sie ihre Namen unterschreiben sollten? Denn besiegeln sollten sie ja das Testament auf der Außenseite. Darum heißt es ausdrücklich *signaturis*, welcher Ausdruck sich auf eine erst nachfolgende Handlung bezieht, wie auch Salmasius[80]), Anton

77) *L.* 30. *D. eodem.*

78) S. vorzüglich Haubold Specim. cit. Cap. II. §. 2. pag. 826. sqq. et pag. 831.

79) Vacuae, d. i. worauf nichts geschrieben war. *L.* 11. *D. de iniusto, rupto, irr. testam. Plenae cerae*, vollgeschriebene Tafeln. Plinius *Lib. I. Epist.* 6.

80) De modo usurar. Cap. XI. pag. 458.

Schulting[81]) und Grupen behaupten[82]). Sodann aber Zweytens werden ja auch die Ausdrücke: **adscribere, subscribere und subsignare** für gleichbedeutend genommen[83]). Was brauchen wir aber weitere Gründe, nachdem der Abt Gätano Marini[84]) uns ein Bruchstück eines Originaltestaments vom J. **572** bekannt gemacht hat, welches von einem gewissen Mananes, einem Gothen, auf die gewöhnliche feyerliche Art vor sieben Zeugen errichtet worden ist, und gerade noch den

81) **Jurispr. vet. Antejust. pag. 401. not. 5. et pag. 517. not. 51.**

82) **Observat. II. de forma testamentor. §. 7. pag. 142. et 145.** Grupen erklärt nun das *signaverit* von der **tertia persona futuri subiunctivi**, es bedeute also nicht, daß der Zeuge schon signirt habe, sondern signiren werde, welches bei den röm. Classikern gar nicht ungewöhnlich sey. Die Siegelung folge zwar erst nach der Unterschrift auf der Rückseite des Testaments; aber es geschehe ja auch im gemeinen Leben, daß wir zuweilen etwas gethan zu haben schreiben, was man so eben erst thun wolle. Eben so erklärt den Ausdruck *Signaverit* auch *Ant.* Schulting in **Jurispr. Antejust. pag. 344. Not. 48.**

83) *L.* **39.** *D. de Verbor. Signif.* Paulus **Subsignatum dicitur, quod ab aliquo *subscriptum* est, nam Veteres *subsignationis* verbo pro adscriptione uti solebant.** S. Salmasius **de subscrib. et signand. testam. Cap. XXI. pag. 220.**

84) Spangenberg hat diese Urkunde aus des Marini **papiri diplomatici in seine iuris Rom. tabulae negotior. solenn. Nro. XVIII. pag. 121. sqq.** aufgenommen, und im Archiv für die civilist. Praxis 5. Bd. S. 145. ff. mit vielen gelehrten Anmerkungen erläutert, unter der Aufschrift: Beytrag zu der Lehre von Testamenten. **Nr. V. S. 144. ff.**

Schluß des Testaments nebst den Unterschriften enthält? Aus dieser Urkunde ergiebt sich nun, 1) daß die Testamente bey den Römern nicht nach unserer Gewohnheit von den Zeugen untersiegelt, sondern vielmehr zugesiegelt wurden; 2) daß nicht bloß eine Unterschrift sämmtlicher Zeugen (**subscriptio**) unter dem Testament selbst mit der Bemerkung ihrer Veranlassung befindlich ist, sondern daß auch noch überdem auf der Rückseite des Testaments jeder Zeuge neben dem von ihm aufgedrückten Siegel seine Unterschrift wiederholt habe. Man hat hieraus mit Zuverläßigkeit folgern zu können gemeint, daß nach dem neuesten römischen Rechte eine doppelte eigenhändige Schrift sämmtlicher Zeugen, nämlich 1) eine **Subscriptio** unter dem Testament selbst, und 2) eine **Superscriptio** auf der Rückseite des Testaments nothwendig sey. Nur von der letztern wären die Pandectenstellen zu verstehen, denn das ***adscribere* nomen suum** bey Ulpian[85]), und das **proprio chirographo *adnotare*, quis et cuius testamentum signaverit** bey Paulus[86]), sey bloß von dem Beyschreiben des Namens zu dem Siegel zu erklären, und es werde eben dadurch die **Superscriptio** ausgedrückt, die in dem Testament des Mananes gerade so eingerichtet sey, wie Paulus sie vorschreibt, indem jeder Zeuge sowohl seinen eigenen, als des Testators Namen neben dem Siegel ausgedrückt habe. Das Wort ***signaverit*** passe nun auch sehr gut zu dieser **Superscriptio**, denn es gehe offenbar auf eine vergangene Handlung, zur **subscriptio** aber passe es gar nicht, denn diese sey ja nur vor der Versiegelung möglich. Dagegen scheine

85) *L.* 22. §. 4. *D. h. t.*

86) *L.* 30. *D. h. t.*

nun die **Subscriptio** in der Constitution von Theodos II.[87]) neu eingeführt zu seyn, und es erkläre sich nunmehr sehr einfach, warum Justinian die **Subscriptio** den Constitutionen zuschreibe[88]), die schon in den Pandecten erwähnte **Superscriptio** aber, als ein zu den Siegeln gehöriges Stück, gar nicht besonders erwähne. Die Richtigkeit des Gesagten verbürgten aber endlich noch mehr zwey auch zu Ravenna, wo das Testament des Mananes ist errichtet worden, in den Jahren **521.** und **552.** über die Eröffnung von zwey Privattestamenten aufgenommene Protokolle[89]), aus welchen man deutlich erkenne, daß auch bey diesen Testamenten eine **subscriptio**, und eine **superscriptio** vorgekommen, und als wesentliche Form betrachtet worden sey. Dem um die geschichtliche Bearbeitung des röm. Rechts unsterblich verdienten, und hochgefeyerten Rechtsgelehrten unserer Zeit, Herrn von Savigny, gebührt das Lob, durch das von Marini bekanntgemachte Bruchstück des Testaments des oben genannten Gothen, in Verbindung mit den bemerkten Eröffnungs-Protokollen über Testamente aus demselben Zeitalter, welche Marini bekannt gemacht hat, die darauf Bezug habenden, und oben angeführten Stellen der Pandecten auf die Art, wie ich seine Ansicht dargestellt, zuerst auf-

87) *L.* 21. *C. de testam.*

88) §. 3. *J. de testam. ordin.*

89) Diese Protocolle hat *Gaetano* Marini in seinem Werke: **J. Papiri diplomatici Nr. LXXIV. et LXXV. pag. 110 —115. bekannt gemacht, und *Ern.* Spangenberg in seine Juris Rom. tabulae negotior. solemn. Nr. XIV. pag. 90 — 108. aufgenommen, und mit seinen Anmerkungen bereichert.**

geklärt zu haben[90]). Diese neue Ansicht, daß ein schriftliches Privattestament nicht nur von dem Testator und den Zeugen unterschrieben, sondern auch von den Zeugen neben den Siegeln überschrieben werden müsse, woran früherhin Niemand gedacht hatte, mußte schon ihrer Neuheit wegen Beyfall finden, und einem so bewährten Führer zu folgen, wer konnte hier nur einen Augenblick bedenklich seyn? Ihm folgten daher Haubold[91]), Schweppe[92]), Spangenberg[93]), und, soweit diese Ansicht wenigstens dem ältern röm. Rechte entspricht, auch Mackeldey[94]). Dagegen hat nun aber dennoch Herr

90) S. von Savigny Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 2. Bd. Kap. XII. S. 182—186. und Desselben Erklärung einer Urkunde des sechsten Jahrhunderts, nebst einem Abdrucke des Textes dieser Urkunde; in Dessen Abhandlungen in der Berliner Akademie vorgelesen in den Jahren 1814. und 1815. (Berlin 1817. 4.) S. 27—44. und in den Abhandlungen der historisch-philolog. Klasse der Königl. Pr. Akademie der Wissenschaften aus den Jahren 1814. und 1815. (Berlin 1818. 4.) S. 67—84.

91) Specim. iuris Rom. testimoniis de militum honesta missione, quae in tabb. aen. supersunt, illustrati Cap. II. §. 2. (*Opuscul. acad.* Vol. II. pag. 825—832.)

92) Röm. Privatrecht. §. 816. S. 685. (der 3. Ausgabe.)

93) Beytrag zu der Lehre von Testamenten, im Archiv für die civilist. Praxis. 5. Bd. Nr. V. S. 144—176. Die Urkunden finden sich auch daselbst S. 145—150. und S. 163—170. abgedruckt, und mit Anmerkungen erläutert. Man sehe auch Desselben Juris Rom. tabulae negotiorum solemn. Nr. XIV. pag. 90—107. et Nr. XVIII. pag. 121—130.

94) Lehrbuch des heutigen röm. Rechts. §. 641. not. d. (S. 468. der 8. Ausg.)

von Löhr[95]) zuerst diese Ansicht bezweifelt, und sie aus folgenden Gründen bestritten.

1) Aus dem Vorhandenseyn einer Unterschrift der Zeugen, und einer von dieser verschiedenen Ueberschrift derselben auf der Rückseite des Testaments, welche sich beyde in dem Testamente des Manaes finden, folge noch nicht die Nothwendigkeit der Verbindung beyder; und wenn auch die oben erwähnten Eröffnungsprotokolle ihre vollkommene Richtigkeit hätten, so würde daraus doch immer nur hervorgehen, daß noch zwey andere Testamente in Ravenna gemacht worden seyen, in welchen ebenfalls eine **subscriptio**, und eine davon verschiedene **superscriptio** vorgekommen, hieraus aber eben so wenig, wie aus dem oben erwähnten Testamente des Manaes folgen, daß dieß nach gemeinem röm. Rechte nothwendig sey, sondern es könne diese Form allenfalls in Ravenna gewöhnlich gewesen seyn.

2) Die beyden Stellen in den Pandecten anlangend, so wollten diese nur soviel sagen, es müßten Siegel und Namen der Zeugen beysammenstehen, und es müsse aus der **adnotatio** erhellen, Wer gesiegelt habe, und Wessen Testament besiegelt worden sey. Ob aber diese **adnotatio** und die Besiegelung unter oder auf der Urkunde habe Statt finden müssen, darüber sagten diese Stellen nichts, sie sagten also auch Nichts von der Nothwendigkeit einer **superscriptio**, welche doch wohl irgendwo deutlicher hätte genennt werden müssen,

95) Bedarf es bey uns zur Gültigkeit eines feyerlichen Privattestaments der **subscriptio** und **superscriptio**? im Archiv für die civilist. Praxis. 6. Bd. Nr. XVI. S. 328—341.

wenn sie wirklich, außer der subscriptio, zur Form eines schriftlichen Privattestaments nothwendig gewesen wäre. Dagegen spreche

3) für die bisherige Ansicht ganz entscheidend, a) daß in der Verordnung des Kaisers Theodosius II. [96]), welche doch eine genaue Angabe der Form enthalte, wie diese in der Folgezeit bey den feyerlichen Privattestamenten beobachtet werden solle, keine Spur davon zu finden sey, daß das Testament von den Zeugen unterschrieben, und dann nochmals überschrieben werden müsse. Sie enthalte vielmehr das Gegentheil. Denn vermöge derselben solle es dem Testator gestattet seyn, sein Testament zugesiegelt, zugebunden, oder in ein Couvert eingeschlagen den Zeugen zur Unterschrift und Besiegelung vorzulegen, wenn er nur in Gegenwart derselben erklärt, daß das Vorgelegte sein Testament sey, und dasselbe vor den Zeugen eigenhändig unterschreibt; worauf dann die Zeugen das Testament ebenfalls unterschreiben und besiegeln sollen. Da dem Testator dieses zu dem Zweck gestattet wird, damit die Zeugen von dem Inhalt des Testaments nichts erfahren; so sey es klar, daß eine verschlossene Urkunde von den Zeugen eigentlich nicht unterschrieben, sondern nur überschrieben werden könne, folglich schon dieses allein hinreiche. Denn mit dieser Subscription und Siegelung der Zeugen soll ja die feyerliche Testamentshandlung geschlossen seyn. So wie nun also das neuere röm. Recht Eine **subscriptio** und **signatio testium** für hinreichend hält, und das Testament für vollendet erklärt, wenn Beydes vorhanden ist, dagegen dasselbe für ungültig gehalten werden soll, wenn

96) *L.* 21. *Cod. de testam.*

Eins von Beyden mangelt; eben so erfordere auch b) die Notariatsordnung Maximilians I. mehr nicht, als das neuere röm. Recht. Denn nach den ausdrücklichen Worten desselben Tit. von Testamenten §. 7. welche eine fast wörtliche Uebersetzung der Verordnung des Kaisers Theodosius II. unverkennbar enthalten, soll der Testirer, welcher bey seinem Leben seinen letzten Willen Niemand wissen lassen will, denselben in einer verschlossenen Schrift der vor ihm versammelten Zeugen zur Unterschrift und Besiegelung, jedoch mit der ausdrücklichen Erklärung vorlegen, daß solches, so er darlegt, sein Testament sey, und dann dasselbe vor den Zeugen allein mit eigener Hand unterschreiben, und eben so soll das Testament auch noch zuletzt durch die sieben Zeugen alle mit eigenen Händen unterschrieben, und ihren gewöhnlichen Siegeln bezeichnet werden. Auch hier finde sich also von einer Unterschrift der Zeugen, und einer davon verschiedenen Ueberschrift, welche bey einem schriftlichen Privattestamente erforderlich seyn solle, auch nicht die entfernteste Spur; der ganze Zusammenhang weise vielmehr auch hier auf das Gegentheil hin.

Diese allerdings entscheidenden Gründe haben die meisten neuern Rechtsgelehrten bestimmt, in ihren Lehrbüchern bey der ältern Ansicht zu bleiben [97]), welche

97) S. Thibaut System des Pand. Recht. 2. Bd. §. 693. und Not. c. (nach der 7. verb. Ausg. Jena 1828.) von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechts 2. Bd. V. Bch. §. 447. (S. 185. der 3. Aufl.) Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. III. §. 477. Bucher System der Pandecten. §. 388. (der 3. Ausg.) Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 967. und Not. 96. Seuffert Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 525. und Not. 6.

denn auch in dem heutigen Gerichtsgebrauche als ganz unbezweifelt angenommen ist. Herr Prof. Guyet[98]) giebt zwar auch der geistreichen und gewiß überzeugenden Argumentation des hochgeachteten Herrn von Löhr seinen Beyfall, glaubt aber noch auf eine andere Art beweisen zu können, daß die oben angeführten Pandecten-Stellen von Ulpian und Paulus gar nicht einmal von einer **superscriptio testium** verstanden werden könnten, sondern einen ganz andern Inhalt hätten. Es sey nämlich außer Zweifel, daß beyde Pandectenstellen durchaus nicht von dem Civiltestamente sprechen könnten, denn bey diesem sey von einer Unter- oder Zusiegelung durch die Zeugen keine Rede gewesen, und zwar deßwegen, weil bey der **mancipatio**, welche hier die Grundlage der ganzen Solennität ausmachte, zwar wohl fünf Zeugen, niemals aber eine Unterschrift, Untersiegelung oder etwas Aehnliches von den Zeugen verlangt worden sey. Beyde Stellen könnten also bloß von dem prätorischen Testamente verstanden werden. Auf dieses Testament beziehe sich denn auch die Stelle des Paulus, welcher *L.* **30.** *h. t.* sagt:

Singulos testes, qui in testamento adhibentur, *proprio chirographo adnotare*, convenit, quis et cuius testamentum signaverit.

Dieses Fragment habe man bisher meistens von der **subscriptio** verstanden, von dieser könne es aber darum nicht reden, weil das prätorische Testament nur eine **signatio**, nicht aber eine **subscriptio** erfordert habe.

98) Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. (Heidelberg 1829. 8.) 3. Abh. S. 29—38.

Das Wort *Chirographum* bedeute hier etwas ganz Anderes. Es bezeichne nämlich in der Sprache der Rechtsquellen eine, irgend ein rechtliches Geschäft als existent beweisende Urkunde, und zwar das Material der Urkunde zugleich mit dem Inhalte. Daher werde der Ausdruck **chirographum** mit **instrumentum** zusammengestellt, und bedeute nicht etwa bloß die Schrift, d. h. die Schriftzüge, oder die hingeschriebenen Worte, auch nicht das **factum**, das geschrieben worden ist, sondern das Resultat, nämlich das Geschriebene zugleich mit dem Stoffe, worauf geschrieben wurde. Nun verlange Paulus von jedem einzelnen Zeugen, daß er in einer besondern Urkunde bemerke, Wer er, der Zeuge, sey, und Wessen Testament er besiegelt habe. Denn offenbar sey hier *proprium chirographum* dem **testamentum** entgegengesetzt, und es solle also diese **adnotatio** nicht in derselben Urkunde geschehen, welche das Testament enthält, sondern in einer davon ganz verschiedenen, so daß also hiernach bey dem prätorischen Testamente, neben dem Testamente selbst, noch eine Art von **rotulus testium** vorgekommen zu sein scheine. Ein solcher **rotulus** sey bey dem prät. Testamente schon darum nothwendig gewesen, weil ein solches Testament nicht eher habe eröffnet werden können, als nachdem die Zeugen ihre Siegel recognoscirt. Ohne eine solche Urkunde hätte man aber die Zeugen nicht wissen können, um sie zur Recognition der Siegel vor der Eröffnung vorzuladen. Nach dieser Ansicht ergebe sich nun mit Evidenz, daß eine **superscriptio**, so wie sie in dem Testamente des Mananes sich findet, bey dem prätorischen Testamente gar nicht möglich gewesen, da sie durch den **rotulus testium** ganz unnütz wurde, und letzter gesetzlich für noth-

wendig erklärt war. Wie nun in der Folge das prätorische Testament mit dem Mancipationstestamente verschmolzen worden, sey die Sitte, daß ein solches Zeugen-Verzeichniß gefertiget werden mußte, wahrscheinlich als beschwerlich untergegangen, wenigstens erwähnten die kaiserlichen Constitutionen derselben nicht, weil man durch andere Mittel die Zeugen leicht erfahren konnte, und folglich die Gültigkeit des Testaments an die Existenz eines solchen Verzeichnisses nicht habe geknüpft werden dürfen, besonders da man aus der jetzt eingeführten **subscriptio** nach Eröffnung des Testaments jedenfalls die Namen der Zeugen mit Gewißheit habe erfahren können, und die Recognition der freylich dann zerstörten Siegel, wenn diese nämlich nur zur Verschließung des Testaments gedient hatten, durch die Aussagen der Zeugen über das Testament selbst entbehrlich geworden sey. Zwar möge es wohl der größern Bequemlichkeit wegen, namentlich bey einem den Zeugen verschlossen hingereichten, oder von ihnen selbst durch ihre Siegel verschlossenen Testamente geschehen seyn, daß man häufig die Zeugen ihre Namen neben die Siegel habe beyschreiben lassen, um sie sogleich bey Ansicht des Testaments wissen zu können; allein daß eine solche **superscriptio** doch nicht gesetzlich nothwendig, und keinesweges für die Gültigkeit des Testaments Bedingung gewesen sey, erscheine sogar selbst aus einem von Marini[99]) mitgetheilten, obwohl sehr fragmentarischen Protokoll der Eröffnung eines Testaments, welches die Zeugen bald sagen läßt: ***signaculum et superscriptionem agnoscimus***, und bald ***signaculum et subscriptionem agnoscimus.***

99) J. Papiri diplomatici Nr. 14. a. pag. 115.

Neu und scharfsinnig ist zwar die Erklärung der *L.* 30. *D. h. t.* unverkennbar; ob sie aber bey genauer Prüfung als haltbar erscheinen wird? Ich habe schon an einem andern Orte[100]) meine Bedenklichkeit dagegen geäußert. Alles kommt hier auf die Bedeutung der Worte: ***proprio chirographo*** **adnotare convenit**, an. Sollte das ***proprium chirographum*** wirklich eine, von dem Testamente ganz verschiedene, selbstständige Urkunde bezeichnen, worin jeder Zeuge bemerken soll, daß er ein Testament, und für welchen Testator unterschrieben habe? Allein das prätorische Testament erforderte ja, wie Herr Prof. Guyet sagt, nur eine **signatio**, nicht aber eine **subscriptio**. Der Zeuge hätte also in dem sogenannten **rotulus testium** nur bemerken können, daß er gesiegelt habe. Paulus sagt ja auch ausdrücklich: **quid et cuius testamentum *signaverit*.** Sodann soll hier **proprium chirographum** eine bey dem prätorischen Testamente, neben dem Testamente selbst, vorgekommene Art von **rotulus testium** bedeuten. Hier möchte man erstens fragen, wozu diese Weitläuftigkeit, was gleich bey dem Siegel selbst entweder auf der Rückseite des Testaments, oder unter dem Testamente selbst eben so gut geschehen konnte? Wo ist dann aber wohl zweytens nur irgends eine Spur von diesem singulären Institute eines nur bey dem prätorischen Testamente vorgekommenen **rotulus testium** zu entdecken? Paulus dachte gewiß bey dem ***proprio chirographo*** **adnotare convenit**, auch nicht entfernt an einen solchen **rotulus**. Er würde sich auch drittens sehr ungeschickt ausgedrückt haben. Denn die hier zur Unterstützung der neuen Erklärung der *L.* 30.

100) S. §. 412. b. Not. 43. S. 275.

h. t. von dem Worte **chirographum** angegebene Bedeutung ist der Sprache der Rechtsquellen ganz fremd. Am wenigsten aber ist sie aus den angeführten Gesetzstellen [1]) erweislich. Sie reden alle von einem **chirographo super pecunia mutua dato**, oder **cautione foeneratitia**, welche auch **epistola**, so wie im Deutschen ein Schuldbrief, Schuldschein, genennet wird; sie gehören also sämmtlich gar nicht hierher. Ein Verzeichniß von Zeugen, oder Zeugniß wird nie in den Gesetzen **chirographum** genennt, sondern eine solche Schrift, welche ein Zeugniß enthält, **testimonium in tabulis conscriptum**, heißt in den Gesetzen **testatio** [2]), und die Namen der Zeugen, und ihre Aussagen in einen sogenannten **rotulus** bringen, heißt **testatione complecti, in testationem redigere, in testationem referre** [3]). Was sind denn aber die **subscriptiones** und **signationes testium** anders, als **depositiones testium** [4])? Die Worte *proprio chirographo* sind daher auch hier nach dem allgemein bekannten classischen Sprachgebrauche für **propria manu** zu

1) *L.* 41. §. 2. *D. de usuris. L.* 47. §. 1. *D. de pactis. L.* 27. *D. de furtis. L.* 11. *C. Qui potior. in pign. L.* 5. *L.* 14. §. 1. *C. de non numerata pecun.*

2) Man sehe hier vorzüglich Brissonius de Verbor. Signif. voc. *Testatio*. nr. 1. und besonders *Cl.* Salmasii Var. Observation. et Emendat. ad ius Atticum et Roman. pertinent. (*Lugd. Batav.* 1645. 8.) Cap. XXX. pag. 775. sqq.

3) *L.* 39. §. 1. *D. de legat. III. L.* 1. §. 4. *D. Usufr. quemadm. cav. L.* 8. §. 2. *D. de oper. novi nunciat.* S. Brissonius c. l.

4) *L.* 17. *C. Si certum petat.* (IV. 2.) *L. ult. C. de Edicto D. Hadriani toll.* (VI. 33.) S. meine Opuscula Fasc. I. pag. 73. sqq.

nehmen, wie ich oben [5]), und zwar gerade bey der Erklärung dieses Gesetzes, mehr als zum Ueberfluß bewiesen zu haben glaube. Wie aber daraus eine Tautologie herauskommen würde, wenn man **proprio chirographo** durch eigenhändig übersetzt, ist unbegreiflich. Man übersetze es nur nicht mit Guyet durch eigenhändige Schrift schreiben. Es heißt vielmehr: der Zeuge soll mit eigener Hand bemerken, Wer er sey, und Wessen Testament er besiegelt habe, und dieses zwar wohl ganz natürlich bey seinem Siegel.

So gewiß es nun ist, daß nach der altrömischen Art Testamente zu signiren, so wie sie besonders durch das Neronianische Senatusconsultum bey den **tabulis ceratis** war vorgeschrieben worden [6]), eine signa-

5) §. 1415. b. S. 420. und Not. 1. Man vergleiche noch besonders **Torrentius** ad **Suetonium** in *Vespasiano* Cap. 3. (edit. *Burmanni* Tom. II. p. 272.) und *Sam.* **Pitiscus** ad **Suetonium** in *Julio Caesare*. Cap. XVII.

6) Daß das Neronianische Senatusconsultum bloß auf tabulas ceratas sich bezogen, und also nur bey diesen anwendbar war, haben **Salmasius** de subscrib. et signand. testam. Cap. X. pag. 118. et Cap. XXVII. pag. 269—274. und *Ge. Lud.* **Boehmer** Diss. de testamento signato et subscripto a testib. in involucro. §. X. (in *Elect.* Tom. I. p. 54.) gezeigt. Wie man nachher Testamente auch auf Papier und Pergament zu schreiben anfing, so wurden zwar auch diese Testamente immer noch unter dem allgemeinen Namen der **tabularum testamenti** begriffen; allein jene Art der Versiegelung konnte nun darum nicht mehr Statt finden, weil sie nicht in eine solche Form, wie die **tabulae ceratae**, zusammengelegt, sondern bloß zusammengerollt werden konnten, dergleichen Rollen man **volumina** nannte, wie schon oben bemerkt worden ist. S. **Grupen** Observat. II. §. 6. pag. 138—140.

tio und superscriptio testium nöthig war; so unbegreiflich ist es, wie man darüber habe im Zweifel seyn können ob nach dem neuern röm. und deutschen Rechte die Unterschrift und Siegelung der Zeugen auf dem Umschlage des Testaments (**in involucro**) gültig vollzogen werden könne. Dennoch ist dieses schon längst zu einer juristischen Streitfrage geworden [7]). Jacob Friedrich Ludovici [8]) bestritte zuerst die Gültigkeit eines schriftlichen Privattestaments, welches die Zeugen bloß auf dem Umschlage, worin das Testament verwahrt worden, unterschrieben und besiegelt haben, wozu ihm ein Gutachten der Hallischen Juristen-Facultät, wodurch ein solches Testament wirklich war für nichtig erklärt worden, die Veranlassung gegeben hatte. Allein wie ungegründet diese Meinung sey, zeigte Georg Ludwig Böhmer in einer schon mehrmals angeführten sehr gelehrten Schrift [9]) ausführlich, so daß auch die Göttinger und Leipziger Juristen-Facultäten gegen Ludovici sprachen [10]).

7) S. *Car. Frid.* Walch Introd. in controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. III. §. XV. pag. 306. sq. *Christ. Gotth.* Hübner Disputation. iuris civ. Lib. I. cap. 4. und *Ge. Adam* Rottmann Observatio de testamento arcano ad L. 21. C. de testament. praes. *Franc. Christph.* Wiesen def. *Wirceburgi* 1781. 4.

8) Diss. de involucro, vom Couvert, oder Umschlage bey Testamenten. *Hallae* 1713.

9) Der vollständige Titel ist: Testamenti signati et subscripti a testibus in involucro vis et auctoritas vindicata. *Goettingae* 1746. 4.

10) Die rechtlichen Gutachten der Göttinger und Leipziger Juristen-Facultäten findet man als einen Appendix zu der angeführten Diss. *Ge. Lud.* Boehmeri in Elect. iuris civ. Tom. I. pag. 78 — 92.

Christian Ulrich Grupen [11]) unternahm aber demohngeachtet aufs neue zu beweisen, daß nach dem neuesten römischen, und also auch nach dem heutigen Rechte zur Gültigkeit eines schriftlichen Privattestaments schlechterdings erfordert werde, daß die Unterschrift der Zeugen, so wie die Unterschrift des Testirers, in dem Testamente selbst (**in ipsa testamenti scriptura**) geschehen müsse, und nicht auf dem Umschlage, in welchen das Testament eingewickelt ist, gültig geschehen könnne. Die *L.* **21.** *C. de testam.* rede gar nicht von einem solchen Testamente, welches, in ein Couvert eingeschlossen, den Testamentszeugen zur Unterschrift und Untersiegelung soll können vorgelegt werden. Sie spreche vielmehr von einer ***scriptura testamenti* consignata, vel ligata, vel tantum clausa involutaque.** Es sey nun aber ein großer Unterschied zwischen **scriptura testamenti clausa involutaque**, und **tabulae linteo involutae et clausae.** Sein Beweis ist folgender. Neben den mit Wachs überzogenen hölzernen Tafeln (**tabulae ceratae**), deren sich die Römer gewöhnlich zu ihren Testamenten bedienten, pflegte man die Testamente auch auf Papier, Pergament, und jedes andere Material, welches zum Schreiben gebraucht werden konnte, z. B. auf Leder, welches dazu bereitet war, aufzuzeichnen. Solche Testamente wurden nun zwar auch im allgemeinen Sinn *tabulae* genennt [12]); allein sie unterscheiden sich doch darin von einander, daß die **tabulae ceratae** die Quadratform hatten, und bey diesen eine besondere Art der Versiegelung von Außen

11) **Observationes de forma conficiendi acta. Obs. II. de forma testamentor. §. 6—8.**

12) ***L.* 1.*pr. D. de bonor. possess. sec. tabb.* (XXXVII. 11.)**

Statt hatte, welche durch das Neronianische Senatusconsultum eingeführt war; dahingegen die Testamente auf Papier, Pergament, Leder und dergl. wie Landcharten aufgewikelt, und auf ein cylinderförmiges Holz zusammengerollt, und daher **volumina** genennt wurden [13]). Diese **tabulas membraneas, vel chartaceas, vel alterius materiae**, welche Ulpian [14]) von den **ceratis codicillis** genau unterscheidet, wäre das Neronianische Senatusconsultum gar nichts angegangen, und nur von diesen sey in der ***L.* 21.** ***C. de testamentis*** die Rede, weil die **tabulae ceratae** nach Constantins des Großen Zeiten nach und nach in Abgang gekommen wären. Wenn daher dieses Gesetz von einer **scriptura testamenti clausa involutaque** spreche, so sey darunter kein Testament zu verstehen, welches in ein Couvert eingeschlossen, oder eingewickelt worden, sondern **tabulae** oder **volumina**, welche in sich selbst geschlossen, in sich selbst eingewickelt sind, **tabulae naturaliter clausae** [15]), und von denen man, wenn sie aufgewickelt wurden, sagte, **eas naturaliter aperiri** [16]), **naturaliter patefactae sunt** [17]). Von diesem Aufrollen und Aufwickeln hätten die **tabulae membraneae** und **chartaceae** den Namen **volumina** erhalten. Denn ***involvere*** heiße in der **L. 21.** nicht in einen Umschlag wickeln, sondern **claudere, implicare,** aufrollen,

13) ***L.* 52.** ***pr. D. de legat. XXXII.***

14) ***L.* 52.** ***pr. cit.***

15) ***L.* 3. §. 19.** ***D. de SCto Silan.***

16) ***L.* 3. §. 23.** ***D. eodem.***

17) ***L.* 10. §. 1.** ***D. Testam. quemadm. aperiant.*** S. Brissonius voc. ***Naturaliter.***

aufwickeln, welche Bedeutung auch schon Brisson[18]) bemerkt habe. Alle **volumina**, wenn sie zusammengerollt, und in sich selbst gewickelt gewesen, wären *clausa* oder *involuta* genennt worden, so wie *revoluta* oder *aperta*, wenn sie wären aufgewickelt worden, wie die Grammatiker Servius[19]) und Nonius[20]) bezeugten. Auch die Griechen[21]) hätten das *involutam* in der *L.* **21.** übersetzt durch εἰλήθεισαν von εἴλω, **plico, volvo.** Daher εἴλημα, **volumen.** Aus diesem allen erscheine, daß *scriptura involuta*, für **volumen**, ειλημα genommen werde. Diese **volumina** konnten aus mehreren Bogen bestehen, die an einander geleimt, **tabulae, s. paginae conglutinatae**, so wie die Pergament- und ledernen Häute an einander genähet wurden, **membranae consutae**[22]). Am Ende eines solchen **voluminis** sey ein runder leichter Stab, oder Rolle, **umbilicus**, von Zedernholz, Buchsbaum, Cypressen, Ebenholz, oder Elfenbein nach der Breite desselben zum Behuf der Einwickelung dergestalt befestiget worden, daß die beyden äußersten Enden, **capita umbilici**, die mit Silber oder Edelgesteinen geziert waren, zu beyden Seiten des **voluminis** hervorgestanden wären. Solche **volumina** konnten nun zwar auch zugesiegelt[23]), sie konnten mit durchzogenen Bindfaden und Bändern verschlossen werden;

18) De Verb. Signif. voc. *Involvere.*

19) Ad Virgilii *Aeneid. Lib. X.* v. 256.

20) Lib. IV. Cap. 252. voc. *Involvere.*

21) Harmenopulus *Προχειρον νομον* s. *Manuale Legum.* Lib. V. Tit. 1. nr. 35.

22) *L.* 52. §. 5. *D. de legat. XXXII.*

23) Suetonius *in Augusto. Cap.* 102.

allein der Testator habe gar nicht einmal nöthig gehabt, solche zu versiegeln, oder zuzubinden, denn sie waren durch das Zusammenrollen schon in sich selbst verschlossen. Wollte nun der Testator den Inhalt seines Testaments ganz oder zum Theil vor den Zeugen geheimhalten, so brauchte er das **volumen testamenti** nur bis auf die leere **pagina** aufzuwickeln, wo die Zeugen unterschreiben und untersiegeln sollten, und es also nur, soweit es nöthig ist, den Zeugen zu diesem Behuf vorzulegen. So wären nun die Worte der ***L.* 21. *C. de testam.***

licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, *consignatam*, vel *ligatam*, vel *tantum clausam involutamque proferre scripturam*, — eamque rogatis testibus — omnibus simul offerre signandam et subscribendam;

ganz verständlich. Die Constitution des Kaisers Theodosius sage also kein Wort von einem **involucro testamenti**, worauf die Zeugen unterschreiben und untersiegeln könnten, sondern rede von der **scriptura testamenti**, dem schriftlichen Aufsatze des Testaments selbst, und habe lauter solche Ausdrücke gebraucht, welche mit einem äußern Umschlage des Testaments gar nichts zu schaffen hätten. Auch die Novelle Valentinianus **III. Tit. IV.** ***de testamentis***, welche ebenfalls von dem Falle handle, da der Testator seinen letzten Willen geheimhalten wolle, sage §. 5.

Praeterea, quoniam plerique deficientium voluntates suas cupiunt esse secretas, nec ante vulgari, quam luce priventur, statuimus, ac jubemus, ut si testes rogati *paginae*, *cuius arcana nescie-*

rint, coram testatore subscripserint, nihil ex ignoratione testium testamentorum firmitatibus derogetur.

Wenn also hier gesagt werde, die Zeugen sollen *paginae testamenti* subscribere, so deute auch dieser Ausdruck auf die scripturam testamenti hin, und schließe den äußern Umschlag des Testaments aus.

So sey nun also klar erwiesen, daß bey den schriftlichen Testamenten die Unterschrift der Zeugen in ipso testamento ein wesentliches Stück des Testaments sey, ja dieß sey in dem Falle, da der Testator den Inhalt des Testaments vor den Zeugen verborgen hielt, schon vor der Constitution des Theodosius in der Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius[24]), ja noch früher in den von jenen Kaisern angeführten Constitutionen der Kaiser Constantin und Theodosius des Großen, nach der Lehre des röm. Rechtsgelehrten Scävola, vorgeschrieben worden. Ueberdies erfordere auch die *L. fin. C. de codicillis* bey Errichtung eines letzten Willens von den Zeugen eine *subnotatio*, welcher Ausdruck eine subscriptio in ipsis testamenti tabulis bezeichne[25]).

Die Notariats-Ordnung Maximilians I. vom J. 1512. Tit. von Testamenten §. 7. stimme mit dem röm. Recht vollkommen überein. Sie sey aus der *L.* 21. *C. de testam.* genommen, und also bloß von dem schriftlichen Aufsatz des Testaments zu verstehen, welchen der Testator den Zeugen verschlossen mit der Erklärung darlegt, daß es sein Testament sey, und dann solches von den Zeugen mit ihren eigenen Händen unterschreiben,

24) *L.* 3. *C. Th. de testam.*

25) Plinius *Lib. I. Epist.* 10. Suetonius in *Calligula* Cap. 41.

und ihren gewöhnlichen Signeten besiegeln läßt, wobey eines äusserlichen Umschlags, oder Couverts, daß darauf die Unterschriften und Siegelungen der Zeugen geschehen sollen, mit keinem Worte gedacht werde. Dieß ist die Darstellung der Gründe des grundgelehrten Grupens, und es kostete gewiß Mühe und Geduld, sich durch das gelehrte Chaos, und die halb lateinische und halb undeutsche Schreibart dieses gelehrten Mannes durchzuarbeiten. Sein Vorgänger Ludovici glaubte jedoch noch einen bündigern Beweis in der *L.* 28. *C. de testam.* gefunden zu haben, in welcher ganz bestimmt gesagt werde:

ut scripturae testamenti, quam testator totam sua manu confecit, et litterae testium, (id est, subscriptiones) et omnis, quae exspectatur, observatio, (darunter könne wohl nichts anders, als die subsignatio verstanden werden,) *coadunentur.*

Hieraus ergebe sich nun von selbst, daß die subscriptio und subsignatio testium in ipso testamento geschehen müsse, in involucro aber um so weniger, da der Umschlag nicht für einen Theil des Testaments gehalten werden könne.

Allein so wie die Meinung des Ludovici schon vom Böhmer gründlich widerlegt worden ist, so findet man auch bey ihm schon eine hinlängliche Widerlegung der von Grupen gebrauchten Gründe. Denn der von demselben beygebrachte Beweis ist nichts weniger als neu. Es sind Gründe, die schon längst vorher Salmasius[26]) gebraucht hatte, welcher die *L.* 21. *C. de testam.* gerade so erklärt hat, und dessen Erklärung hat Böhmer

26) Tr. de subscribendis et signandis testamentis. Cap. XXIX.

vollständig widerlegt. Hätte Gruyen dessel-ben gründ-liche Dissertation gelesen, welche doch schon sieben Jahre vorher erschienen war, so hätte er sich die vergebliche Mühe ersparen können. Der nach Böhmer erschiene-nen neuern Schrift von Ge. Ad. Rottmann **de testamento arcano** [27]), gebührt wenigstens das Lob, die vom Böhmer in einer weitläuftigern Ausführung ent-wickelten Gründe in einer kürzern Uebersicht dargestellt zu haben.

Man kann es nun also wohl als eine vollkommen be-gründete, und jetzt allgemein anerkannte juristische Wahr-heit [28]) annehmen, daß sowohl die Untersiegelung als Unterschrift der Zeugen eben so gültig auf der Außen-seite oder auf dem Umschlag (**in involucro**) eines etwa verschlossenen Testaments geschehen könne, als bey einem den Zeugen offen zur Untersiegelung und Unterschrift vorgelegten Testamente in demselben. Es dürfen nur Unterschriften und Siegel der Zeugen nicht von einander getrennt seyn, sondern sie müssen neben einander stehen. Denn die Unterschrift soll zugleich ein Zeugniß der ge-schehenen Besiegelung des Testaments, und eine Bestä-tigung der Aechtheit der Siegel seyn [29]). Diese Theorie

27) S. die Note 7. S. 454.

28) S. Westphal von Testamenten. §. 210. §. 214. und §. 215. **Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd §. 693. Mühlen-bruch doctr. Pand. Vol. III. §. 477.** Mackeldey **Lehrb. des heut. röm. Rechts. §. 641. (der 8. Ausg.) von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Th. V. Bch. §. 447. Seuffert Erläuterungen zu den Lehren des Erbrechts und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Würzburg 1820. 8.) Nr. 11. b. S. 14. f. Vallett Lehrb. des pract. Pandect. Rechts. 3. Bd. §. 967.**

29) *L.* 30. *D. h. t.*

ist nun auch 1) der Vorschrift der röm. Gesetze vollkommen gemäß. Denn daß dieselben a) den Umschlag des Testaments, worauf gesiegelt worden ist, als einen Theil des Testaments ansehen, lehrt Paulus *libro XXXIX. ad Edictum* [30]) ganz bestimmt, wenn er sagt:

Signatas tabulas accipi oportet, *et si linteo, quo tabulae involutae sunt, signa impressa fuerint.*

b) Die *L.* 21. *C.* welche den Testatoren erlaubt, ihr schriftlich verfaßtes Testament den Zeugen verschlossen zur Unterschrift und Besiegelung vorzulegen, wenn sie den Inhalt desselben nicht wollen bekannt werden lassen, spricht von jeder damals üblichen Art der Testaments-Verschließung, so wie sie Statt hatte, je nachdem das Testament entweder auf hölzerne mit Wachs überzogene Tafeln, oder auf Papier, oder Pergament, oder Leder, oder auf ein anderes Schreibmaterial war aufgezeichnet worden. Denn die Ausdrücke *signata* **vel** *ligata scriptura*, beziehen sich offenbar auf die **tabulas ceratas**, und die oben bemerkte Art solche zu verschließen, von deren Gebrauch wir ja noch in den neuern Gesetzen Beyspiele finden. Der Ausdruck *clausa* deutet auf ein **volumen testamenti**, aus Papier, oder Pergament bestehend, hin, welches durch das Zusammenrollen schon natürlich in sich selbst verschlossen ist, und der Ausdruck **scriptura** *involuta* bezeichnet noch zuletzt den Fall, da das Testament in einen Umschlag gewickelt worden, wovon die *L.* 22. §. 7. *D. h. t.* spricht. Denn es ist wohl, wie Böhmer [31]) sehr gründlich gezeigt hat, eine offenbare Verwechselung des **involutum** mit con-

30) *L.* 22. §. 7. *D. eodem.*

31) Cit. Diss. §. XX. (*Elector. iur. civ.* Tom. I. pag. 65.)

volutum, wenn Salmasius und Gruyen den Ausdruck **scriptura** *involuta* von einem zusammengerollten Papier oder Pergament haben erklären wollen. Darf nun also der Testirer das Testament den Zeugen verschlossen, es sey, auf welche Art es wolle, zur Unterschrift und Besiegelung vorlegen, so würde es ja dem Zweck der Verschließung offenbar entgegenstreiten, wenn gleichwohl das verschlossene Testament erst wieder vor den Zeugen eröffnet werden müßte, damit sie solches unterschreiben und besiegeln könnten. Ich bin deßwegen auch der Meinung, daß wenn der Testirer das Testament nicht selbst mit eigener Hand geschrieben hat, und er also dasselbe in Gegenwart der Zeugen unterschreiben muß, desselben Unterschrift so gut, als die der Zeugen, auf dem Umschlage des Testaments gültig geschehen könne, wie auch Hübner[32]) behauptet, wenn gleich Böhmer[33]) bey einem **testamento non holographo** die Unterschrift des Testirers in dem Testamente selbst für wesentlich nothwendig hält. Die *L.* 28. *C. de testam.* worauf Ludovici seinen Hauptbeweis gründet, verordnet bloß, daß bey einem **testamento holographo** die Unterschrift des Testirers nicht nöthig seyn solle, sondern genug sey, wenn nur noch die Siegel und Unterschriften der Zeugen hinzukommen. Das heißt hier **coaduuare litteras testium testatoris scripturae.** Ueber den Ort, wo die Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen geschehen soll, bestimmt das Gesetz nichts. Ueberdem ist hier auch von einem **testamento arcano** gar keine Rede.

2) Auch die Notariatsordnung, welche eine bloße Wiederholung des röm. Rechts ist, gestattet dem Testi-

32) Disputat. iuris civ. lib. I. Cap. IV. pag. 63.

33) Cit. Diss. §. XXIII.

rer seinen schriftlich verfaßten letzten Willen, den er in seinem Leben Niemand wissen lassen will, den Zeugen beschlossen und eingewickelt, mit der Erklärung, daß solches sein Testament sey, zur Unterschrift und Besiegelung vorzulegen, woraus denn ebenfalls unverkennbar hervorgeht, daß ein Unterschreiben und Besiegeln von den Zeugen, so wie von dem Testator, auf dem versiegelten Umschlage des Testaments gestattet worden sey. Ja es ist dieses um so weniger zu bezweifeln, da auch dieses Gesetz über den Ort nichts bestimmt, sondern überhaupt sagt, daß die Unterschrift, so wie des Testirers, also auch der Zeugen an einem Orte des Testaments, mithin auch auf der Außenseite des Testaments, um so mehr geschehen könne, weil es denn immer wahr bleibt, was der Kaiser Theodosius **L. 21. C.** sagt: **Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus.**

Man hat auch darüber gestritten, ob die Unterschrift der Zeugen der Besiegelung des Testaments vorausgehen, oder erst nach derselben geschehen müsse. Merkwürdig ist der darüber zwischen Desiderius Heraldus [34]) und Claud. Salmasius [35]) entstandene Streit, welcher zwischen diesen beyden großen Gelehrten auf eine höchst unwürdige, den gelehrten Stand beschimpfende Art geführt worden ist. Heraldus behauptet nämlich, die Besiegelung des Testaments sey der Unter-

34) Observation. ad ius Attic. et Rom. Lib. I. Cap. 1. et Lib. VII. Cap. 4. et sq.

35) De modo usurar. Cap. XI. und de subscribend. et signand. testamentis. Cap. XXIII. — XXVI. et Cap. XXXI.

schrift vorausgegangen, weil ja der Zeuge durch seine Unterschrift bezeugen müsse: **quis et cuius testamentum signaverit** [36]). Salmasius aber behauptet das Gegentheil, die Unterschrift, meint er, sey in dem Testamente selbst, **in interioribus testamenti tabulis**, die Sieglung aber auf der Außenseite, **in tabulis exterioribus**, geschehen, jene habe daher nothwendig der letztern vorausgehen müssen. Wenn Heraldus für seine Meinung sich auf die Worte der *L.* **21.** *C. de testam.* berufe: **scripturam rogatis testibus — offerre** ***signandam*** **et** ***subscribendam;*** so könne dieses darum gegen ihn nichts beweisen, weil nachher in derselben **Lex** an vier Orten das *subscribere* dem *signare* **testamentum** vorgesetzt werde. Ja in der *L.* **8.** *C. Qui testam. fac. poss.* heiße es sogar von den Zeugen ausdrücklich, **et eorundem** *testium manu subscriptis*, **DEHINC** *consignatis* **tam ab eisdem testibus, quam a tabulario etc.** Bey so deutlichen Beweisen müsse also in der *L.* **30.** *D. h. t.* entweder für **signaverit**, *subsignaverit* gelesen, oder das *signaverit* mit den Basiliken durch **subscripserit** erklärt werden. Carl Friedrich Walch [37]) giebt aber dennoch wegen der *L.* **30.** dem Heraldus Recht. Der Streit ist höchst unnütz, und um so mehr, da Heraldus nicht einmal ganz allgemein behaupten wollte, daß die **signatio tabularum** immer vor der **Subscriptio testium** hätte geschehen müssen. Wenn der Testator das Testament den Zeugen offen zur Unterschrift und Besiegelung vorgelegt hätte, so wäre es gleichviel gewesen, ob das Eine oder das

36) *L.* 30. *D. h. t.*

37) Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 16. pag. 307.

Andere zuerst geschehen sey. Nur wenn er den Inhalt des Testaments hätte geheimhalten wollen, und daher dasselbe den Zeugen versiegelt vorgelegt hätte, habe jeder Zeuge nach der *L.* **30.** *cit.* zuerst siegeln, und dann bey seines Namens Unterschrift bemerken müssen, daß er das Testament gesiegelt habe, und so stimmt auch Ge. Lud. Böhmer[38]) dem Heraldus bey. Heut zu Tage ist es vollends gleichviel, ob das Siegel vor oder hinter dem Namen des Zeugen steht, weil eine so specielle Unterschrift des Zeugen nicht mehr erfordert wird, als sie die *L.* **30.** *h. t.* vorschreibt[39]).

Es fragt sich endlich noch, ob es wesentlich nothwendig sey, daß der Testator in dem Falle, da seine Unterschrift nöthig ist, noch vor den Zeugen unterschreiben müsse? Nach deutlicher Vorschrift der Gesetze muß diese Frage bejahet werden. Denn **1**) verordnet die *L.* **21.** *C. de testam.* ausdrücklich, daß der Testator in Gegenwart der versammelten sieben Zeugen erkläre daß dieses sein Testament sey, welches er ihnen zur Besiegelung und Unterschrift vorlege. Dann soll er es selbst vor den Zeugen mit eigener Hand in dem übrigen Theile des Testaments unterschreiben. Nun heißt es: ***Quo facto*, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus, et consignantibus, testamentum valere.** Dasselbe Gesetz sagt **2**) die Unterschriften und Unterstegelungen der Zeugen sollen bey Errichtung

38) **Diss. de testam. subscr. a testib. et signato in invo-lucro. §. XVII. not. b. (in *Elect. iuris civ.* Tom. I. pag. 59.).**

39) S. oben S. 424. und daselbst Not. 19. Man vergl. aber noch vorzüglich ***Jo. Frid.* Wahl Diss. de iusta liberos heredes instituendi forma. (*Goetting.* 1751.) §. XI.**

eines schriftlichen Testaments das Letzte seyn, womit sich die Feyerlichkeit der Handlung endiget. 3) Daß der Testator zuerst, und die Zeugen zuletzt unterschreiben, hat auch einen ganz vernünftigen Grund, welcher darin liegt, daß auf ihrem Zeugniß die Gültigkeit des ganzen Geschäfts beruhet. Denn die Zeugen sollen ja durch ihre Unterschrift bezeugen, daß alles, was zur Errichtung eines feyerlichen Privattestaments die Gesetze vorschreiben, gehörig beobachtet worden sey. Wie können sie aber dieses bezeugen, wenn der Testator das Testament noch nicht unterschrieben hatte. Das Testament würde also nichtig seyn, wenn es die Zeugen allein unterschrieben und besiegelt hätten, der Testator aber dasselbe erst nachher auf dem Couvert unterschrieben, oder die Aufschrift gemacht hätte: Hierin ist mein letzter Wille, und dann bloß diese Aufschrift mit seinem Namen unterschrieben hätte [40]). Hiermit stimmt endlich 4) auch die Notariatsordnung überein, in welcher es Tit. von Testamenten §. 7. heißt, „daß der Testator vor den versammelten sieben Zeugen zuvörderst ausdrücklich erkläre, daß die Schrift, so er den Zeugen zur Unterschrift und Besiegelung darlegt, sein Testament sey, und vor den Zeugen allein mit eigener Hand unterschreibe; — — als-

40) Anderer Meinung ist zwar *Casp.* Manzius **de testamento valido vel invalido Tit. IV. Qu. I. nr. 111. et 112.** welcher es für gleichviel hält, ob die Unterschrift des Testirers **intus** oder **foris** geschehe. Auch Claproth von Testamenten. §. 25. S. 129. scheint aus der Ordnung der Unterschriften nicht viel zu machen. Denn von der Unterschrift des Testirers handelt er erst, nachdem er von der Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen gehandelt hatte. Allein man sehe *Chr. Gotth.* Hübner **Disputation. iuris civ. Lib. I. Cap. 4. pag. 63. sqq.**

dann desselbigen Tages und Zeit, — durch die sieben Zeugen mit eigenen Händen unterschrieben, und ihren gewöhnlichen Siegeln bezeichnet werde."

§. 1416.

Noch einige Bemerkungen über schriftliche Testamente. Datum. Mehrere Exemplare.

Daß bey einem schriftlichen Testamente die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht zu erfahren brauchen, wie hier Hellfeld erst bemerkt, und daß daher auch die Sprache, in welcher das Testament abgefaßt wird, willkührlich, so wie der Ausdruck, wenn er nur verständlich ist, gleichgültig sey, und ebenso das Schreibmaterial, was dazu genommen wird, ist schon oben vorgekommen. Hier ist nur noch zu bemerken, daß die Beyfügung der Zeit, wenn das Testament errichtet worden, nach der richtigern Meinung nicht für nöthig gehalten wird [41]). In einem Fragmente des Herennius Modestinus aus desselben *Regularum libro III.* [42]) *de bonis libertorum et de testamentis*, welches Petrus Pithöus restituirt, und Anton Schulting in seine **Jurisprudentia vetus Antejustinianea pag. 801.** aufgenommen hat, heißt es:

41) S. *God. Dan.* **Hoffmann** Observation. quaed. testamentar. (*Tubingae* 1745.) Obs. VII. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten. §. 217. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 693. S. 131.

42) Wohl richtiger *libro IX.* wie *Ant.* **Schulting** c. l. not. 1. bemerkt hat. Denn im neunten Buche seiner *Regularum* handelte **Modestinus** von Testamenten, wie aus *L.* 28. *D. h. t. L.* 25. *D. de condit. institut. L.* 23. *D. de testam. milit. L.* 9. *L.* 32. *D. de legat. II.* erhellet. S. *Ant.* **Schulting** Jurispr. Restit. pag. 124.

Cum in testamento dies et Consules adiecti non sunt, non nocet, quo minus valeat testamentum.

Auch weder in der *L.* **21.** *C. de testam.* worin doch die Erfordernisse eines schriftlichen Privattestaments so genau und bestimmt angegeben werden, noch in irgend einem andern Gesetze geschieht der Beyfügung des Datums, als eines nothwendigen Erfordernisses, Erwähnung. Dennoch muß sie bey den Römern nicht ungewöhnlich gewesen seyn. Denn so erzählt nicht nur Suetonius[43]) vom Testamente des Kaisers Augustus, es sey *L.* **Planco**, *C.* **Silio Coss. III.** *Nonas Aprilis.* datirt; sondern Ulpian sagt auch *L.* **2.** §. **6.** *D. Testam. quemadmod. aperiant.* **(XXIX. 2.) Diem autem et Consulem tabularum non patitur Praetor describi vel inspici.** Eben so rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian *L.* **3.** *Cod. eodem* **(VI. 32.)** in dem besondern Falle eines eröffneten Testaments: **Inspiciendi ac describendi, *praeter diem et consulem*, tibi Rector provinciae facultatem fieri iubebit.** Man muß sich aber wirklich wundern, daß die bey Anordnung der Testamente so äußerst vorsichtige römische Gesetzgebung den Testatoren die Beyfügung des Datums nicht vorgeschrieben habe, ja sie scheint hier gewissermaßen mit sich selbst in Widerspruch zu stehen. Sie gestattet den Testatoren willkührliche Aenderung ihres letzten Willens, und stellt den Grundsatz auf, **prius testamentum rumpitur per posterius**[44]). Wer

43) In *vita* **Augusti** *Cap. ult.* S. *Zach.* **Huber** Diss. iurid. philol. de testamento Caesaris Augusti. Cap. I. (in **Ejus** *Dissertation. iuridic. et philologic.* P. I. pag. 152.).

44) §. 2. *I. Quib. mod. testam. infirm.*

weiß nun aber, wenn kein Datum beygefügt ist, welches das erste, und welches das letzte Testament sey? Nach dem Civilrecht gilt ja nun keins von beyden, weil es eine Regel des Civilrechts ist: **paganus cum duobus testamentis decedere nequit** [45]). Sodann aber könnte auch die Beyfügung des Datums vorzüglich zur Beurtheilung der Aechtheit eines Testaments dienen [46]). Denn gerade das ist auch der Grund, warum der Prätor bey der Eröffnung des Testaments, wenn er Abschrift davon zu nehmen erlaubt, das Datum desselben weder sehen, noch abschreiben lassen will, **ne quid falsi fiat**, wie Ulpian [47]) sagt, **namque etiam inspectio materiam falso fabricando instruere potest.** Der Prätor besorgte also, die Bekanntwerdung des Datums möchte einem Betrüger Anlaß geben, ein neueres falsches Testament zu machen, und vorzugeben, das erste sey dadurch rumpirt worden [48]). Der ehrwürdige Kirchenvater Johann Chrysostomus von Antiochien, welcher in der andern Hälfte des vierten Jahrhunderts unter dem Kr. Arcadius lebte, stellt zwar in seinen

45) *Phil.* Wasmuth Diss. de duobus testamentis diversis temporibus, et sine die et consule signatis. *Lingae* 1722. §. 11. sqq.

46) Man sehe z. B. *Cap.* 6. X. *de fide instrum.* (II. 22.), wo eine Urkunde, über deren Aechtheit gestritten wurde, vorzüglich darum für verdächtig gehalten wird; **quia ibi maxime apparebat consumtum, videlicet *in annotatione indictionis*, ubi potuisset falsitas facilius deprehendi.** S. auch *L.* 4. *C. de div. Rescript.* (I. 23.)

47) *L.* 2. §. 6. *D. Testam. quemadm. aperiant.*

48) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. III. Cap. 7.

Homilien[49]) den Grundsatz auf: Testamente, und alle Urkunden, welche nicht gleich im Anfange die Zeit ihrer Errichtung enthalten, sind schlechterdings ungültig: *αἱ διαθήκαι καὶ τὰ γραμματεῖα, — ἐὰν μὴ τῆς ὑπατείας τοὺς χρόνους ἄνωθεν ἔχῃ προγεγραμμενους, πάσης ἔρημα τῆς οἰκείας ἐστὶ δυναμεως;* **i. e.** ***Testamenta et instrumenta, — nisi in principio Consulatus tempora praescripta habeant, omni vi sua carent***[50]). Eben so lehrte Libanius[51]), sein Lehrer. Allein daß diese Lehre nicht dem Rechte seines Zeitalters entsprochen habe, hat Jac. Cujacius[52]) sehr richtig bemerkt. Nur erst Justinian erklärte die Bemerkung der Zeit, wenn ein Testament errichtet worden sey, und zwar gleich im Anfange des Testaments, aber doch nicht allgemein, sondern nur in dem Testamente der Aeltern unter den Kindern für nöthig, und es ist nun durch eine richtigere Erklärung der ***Nov. CVII.*** **Cap. 1.** der Satz bis zur Evidenz erhoben, daß bey dem Testamente der Aeltern unter den Kindern die Angabe der Zeit, und zwar gleich im Anfange des Testaments, als ein durchaus unerläßliches Erforderniß anzusehen sey[53]). Ist nun

49) ***Homil. II. de Osia***, **ad verba:** ***Vidi Dominum*** **circ. fin. (*Opp.* Tom. III. pag. 740. edit. *Francof.*)**

50) **Die offenbar falsche Erklärung des *Desid.* Heraldus Observation. Cap. ult. hat *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 6. C. Th. de testam. Tom. I. pag. 387. edit. Ritter. widerlegt.**

51) ***Orat. Panegyr. in Juliani Consulatum.*** **pag. 230. edit. Morelli.**

52) **Commentar. ad *L.* 20. §. *Et veteres.* D. h. t. in fin. Man sehe hier noch vorzüglich *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejustin. pag. 801. not. 4.**

53) **S. Andreä Beytrag zu der Lehre vom testamentum pa-**

aber dieses bey einem privilegirten Testamente vorgeschrieben, so sollte dieses auch wohl um so mehr bey einem regulären Privattestamente eben so seyn. Mehrere besonders der älteren Rechtsgelehrten[54]) haben dieses auch wirklich behauptet. Andere[55]) unterscheiden jedoch, ob der Testator nur Ein Testament hinterlassen, oder mehrere Testamente errichtet hat, die nach seinem Tode vorgebracht werden. Im ersten Falle sey die Beyfügung des Datums willkührlich, im zweyten aber nothwendig. Dagegen hat nun aber unter den neuern Rechtsgelehrten Carl Fried. Walch[56]) aufs neue zu beweisen gesucht, daß nach dem röm. Rechte bey jedem Testamente die Angabe der Zeit, wenn es gemacht worden, nothwendig sey. Ich zweifle jedoch sehr, daß seine Gründe überzeugen werden. Er beruft sich 1) auf die bereits oben angeführten Stellen *L.* 2. §. 6. *D. Testam. quemadm.*

rentum inter liberos (im Archiv für die civilist. Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. 4. Bd. Nr. XXV. S. 370.—384.). *Matth. Jos.* Euler Diss. de testamento et divisione parentum inter liberos. *Berolini* 1820. §. 40. et 41. und Joh. Adam Fritz Versuch einer histor. dogmatischen Entwickelung der Lehre von dem Testamente der Aeltern unter ihren Kindern. (Giessen 1822. 8.) §. 28.

54) *Erasm.* Musculus Commun. opinion. iuris. Lit. T. Art. 9. *Nic.* Boerius Decision. XXXIII. nr. 27. Mascardus de Probationib. Concl. IV. nr. 25. u. a.

55) *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 3. Cod. Theod. de testam. Tom. I. pag. 388. und *Casp.* Manzius de testam. valido vel invalido. Tit. IV. Quaest. III. nr. 7.—9. pag. 264. (*Ulmae* 1726. 4.).

56) Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 22. pag. 312. sq.

aperiant. und *L.* 3. *C. Quemadm. testam. aper.* Allein in keiner dieser Stellen ist ja die Beyfügung des Datums in einem schriftlichen Testamente vorgeschrieben. Sie beweisen freylich, daß man, so wie auch noch jetzt zu geschehen pflegt, das Datum beyfügte [57]); allein sie beweisen nicht, daß die Angabe der Zeit zur Gültigkeit des schriftlichen Testaments erforderlich gewesen sey. 2) Die kaiserlichen Constitutionen sollen **sine die et consule** nicht gültig seyn. *L.* 4. *C. de. div. rescript.* Dieses müsse auch von Testamenten, als **legibus privatis**, gelten. Allein es ist hier a) nicht außer Acht zu lassen, daß das Gesetz bloß von Rescripten spricht, **quae *beneficia personalia* sunt**, bey andern kaiserlichen Constitutionen soll der Mangel des Datums der Gültigkeit derselben nicht schaden [58]). b) Ueberhaupt aber dürfte ein so heterogener Schluß wohl noch vielem Zweifel unterworfen seyn, zumal wenn man c) erwägt, daß auch selbst bey Entstehung von Forderungsrechten der Mangel des Datums in der darüber errichteten Urkunde, derselben von ihrer Gültigkeit nichts benimmt, wie Tryphonin *libro VIII. Disputationum* [59]) lehrt. Eben so wenig möchte auch 3) das Zeugniß des Kirchenvaters Chrysostomus etwas beweisen, wovon die Gesetze selbst nichts wissen. Endlich wenn 4) Justinian in

57) So findet sich auch z. B. das Datum in dem Testamente des Bischofs **Gregorius Nanziazenus** in **Spangenberg Juris Rom. tabulae negotiorum solemn. Nr. XI. pag. 73.**

58) Man vergl. die *Constit.* **Justiniani** *de novo Codice faciendo.* §. 2. und die *Constit de Justinianeo Cod. confirmando.* §. 3. S. besonders *Jac.* **Cujacii Paratitl. in Lib. I. Tit. 23. C. de div. Rescript.** und *Ant.* **Perez Praelection. in Cod. ad eund. Tit. nr. 8.**

59) *L.* 34. §. 1. *D. de pignorib. et hyp.*

der Novelle 107. Kap. 1. beym Testament der Aeltern unter den Kindern die Beyfügung des Datums vorschreibt, so beruht dieses auf der besondern Form, welche Justinian den Aeltern vorgeschrieben hat, und auf einem damit zusammenhängenden besondern Grunde, wovon zu seiner Zeit (Lib. XXIX. 1) die Rede seyn wird. Zwar soll Justinian in dieser Novelle das Testament der Aeltern unter den Kindern vor den übrigen Testamenten darin ausgezeichnet haben wollen, daß hier der testirende Parens das Datum mit eigener Hand beyfügen soll; welches also vermuthlich soviel sagen will, daß ein anderer Testator, wenn er sein Testament durch einen Andern schreiben läßt, wohl auch durch die fremde Hand das Datum beyfügen lassen dürfte. Allein daß Justinian dieses gar nicht sage, lehrt der Augenschein; ließe sich denn also wohl ein solcher Schluß nach den Regeln der Interpretation rechtfertigen [60])? Hat Jemand freylich zu verschiedenen Zeiten mehrere Testamente gemacht, so ist es allerdings rathsam, ja es ist hier nothwendig, daß das Datum beygefügt werde, wegen der oben angegebenen leicht daraus entstehenden nachtheiligen Folge für die Gültigkeit des Testaments; und in so ferne haben diejenigen nicht Unrecht, welche die zweyte Meinung vertheidigen. Allein es ist doch nur nothwendig, um des Beweises willen, damit man wisse, welches das jüngste Testament sey, aber nicht der Solennität wegen. Kann daher auf andere Art bewiesen werden, welches das erste, und welches das letztere Testament sey; so schadet dann auch hier der Man-

60) Man vergleiche hier noch vorzüglich *Sam.* Stryck Tr. de cautelis testamentor. Cap. XV. §. 42. und Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1415.

gel des Datums der Gültigkeit des Testaments nicht[61]). Es ist und bleibt also immer nur Ausnahme von der Regel, daß Aeltern im Testamente unter ihren Kindern das Datum beyfügen müssen, wenn das Testament gültig seyn soll. Die Angabe der Zeit gehört hier zu der besondern Form, welche den Aeltern, wenn sie unter ihren Kindern testiren, vorgeschrieben ist. Da diese Form hier an die Stelle der den Aeltern erlassenen Feyerlichkeiten der gemeinen Testamentsform tritt; so muß sie um so pünctlicher beobachtet werden, weil sie, da Aeltern ihre Dispositionen bey ihrem Leben oft zu ändern pflegen, hauptsächlich dazu dienen soll, den ernsten und gewissen Willen der Aeltern mit Zuverlässigkeit daraus zu erkennen. Diese Ausnahme bestärkt also noch mehr die Regel.

Es ist wohl nur eine Vorsichtsmaßregel, welche Justinian in seinen Institutionen §. **13.** *II.* **10.** ***de testamentis ordinand.*** giebt, wenn er daselbst sagt:

Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis, quod interdum etiam necessarium est, veluti si quis navigaturus et secum ferre, et domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quae humanis necessitatibus imminent.

Diese Stelle ist aus des Florentinus Institutionen libro X. genommen, und kommt auch in den Pandecten *L.* 24. *h. t.* vor, wo jedoch die Worte: **secundum obtinentem tamen observationem omnibus**

61) S. Hoffmann citt. Observation. testamentar. Obs. VII. pag. 31.

factis, so wie auch die Worte des ganzen Schlußsatzes: **vel propter alias — imminent**, fehlen, welche vermuthlich von den Verfassern der Institutionen mit großer Vorsicht hinzugefügt worden sind. Es kann auch wohl seyn, daß das Fragment nur in den Pandecten abgekürzt, und in den Institutionen vollständiger excerpirt worden ist. Außerdem findet sich auch noch diese Verschiedenheit, daß statt **pluribus codicibus** in den Pandecten *pluribus exemplis* steht. Außer den Commentatoren der Institutionen hat vorzüglich Andreas Florens Rivinus, oder vielmehr der als **auctor** angegebene Christoph. Gottl. Thilo[62]) über diese Stelle des Florentinus commentirt.

Man kann also, sagt Justinian mit Florentinus, von seinem Testamente mehrere gleichlautende Exemplare verfertigen, sie müssen nur alle in der gehörigen Form gemacht worden seyn. Unter **duo codices** werden demnach hier zwey Exemplare desselben Testaments verstanden, und zwar solche, welche mit gleicher Feyerlichkeit gemacht worden sind, so daß sie beyde als Originale gelten können[63]). Denn dieß sind eigentlich *exemplaria testamenti*, aus deren einem, wie aus dem andern, die **bonorum possessio** erhalten werden kann, wie Ulpian *libro XXXIX. ad Edictum*[64]) sagt:

Si quis in *duobus exemplaribus* fecerit testa-

62) **Diss. Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquias in Institutionibus Imp. Justiniani repertas et notis illustratas expon. *Vitembergae* 1752. 4. §. VI. — XI.**

63) **S. *Claud.* Salmasii Tr. de subscribend. et signand. testamentis contr. *Des.* Heraldum. Cap. IV. pag. 45. sqq.**

64) ***L.* 1. §. 5. *D. de bonor. possess. sec. tabb.***

mentum, et aliud exstet, aliud non exstet: tabulae exstare videntur, petique potest bonorum possessio.

Also **codices, tabulae testamenti,** und **exemplaria,** werden hier als gleichbedeutend genommen. Beyde Exemplare gelten daher auch nur für Ein Testament, wie ebenfalls Ulpian **libro LXVIII. ad Edictum**[65]) lehrt:

Si tabulae *in pluribus codicibus* scriptae sint, omnes interdicto isto (sc. *de tabulis exhibendis*) continentur: *quia* UNUM *testamentum est.*

Alles dieses bestätigen auch die davon vorkommenden Beyspiele. So erzählt Suetonius vom Kaiser Augustus[66]), er habe vier Monate vor seinem Tode ein Testament gemacht, und zwar ***duobus codicibus*, partim ipsius, partim libertorum *Polybii* et *Hilarionis* manu scriptum, depositumque apud sex virgines Vestales.** Eben dieses erzählt Suetonius auch vom Kaiser Tiberius[67]): ***Testamentum duplex* ante biennium fecerat, alterum sua, alterum liberti manu, sed *eodem exemplo*, obsignaveratque etiam humillimorum signis.** Dieses **testamentum duplex** war also auch nur ein Testament, wovon aber Tiberius zwey Exemplare hatte verfertigen lassen, denn diese

65) *L.* 3. §. 1. *D. de tabulis exhib.* (XLIII. 5.)

66) In *vita Octav. Augusti. Cap. ult.* S. *Zach.* Huberi Diss. iurid. philolog. de testamento Caesaris Augusti. Cap. I. §. 5. (in Ejus *Dissertation. iurid. et philolog.* P. I. pag. 155.).

67) In *vita Tiberii. Cap. ult.* S. *Zach.* Huberi Diss. iurid. philolog. de testamento Caesaris Tiberii. Cap. 1. (in Ejus Dissertation. P. I. pag. 174. sqq.).

werden hier in eben dem Sinne **duo testamenta** genennt [68]), in welchem **binae tabulae testamenti eodem tempore** *exemplarii causa* **scriptae** vom Procu-lus [69]) genommen werden. Es sollen damit zwey Exemplare desselben Testaments angedeutet werden, welche beyde als Originale gelten. Vorzüglich wird dieses noch durch die griechische Paraphrase des Theophilus *) bestätiget welche also lautet:

Δύναταί τις διατιθέηενος πολλὰς ἰσοτύπως γραφειν διαθήκας· οὕτω μέν τοι, ὥστε μίαν ἑκαστην αὐτῶν κατὰ τὴν κρατοῦσαν ἐν διαθήκαις παραφυλακὴν περαιοῦσθαι· **i. e.** ***Potest quis testans plura uniformiter scribere testamenta, ita tamen, ut unumquodque eorum secundum obtinentem in testamentis observationem perficiatur.***

Hier sind also die πολλαὶ διαθήκαι, **plura testamenta**, nichts anders als mehrere Exemplare von demselben Testamente, und das ἰσοτύπως heißt eben soviel, als wenn die Gesetze sagen *eodem exemplo*, **i. e. simili forma** [70]). Daß aber diese **plura testamenta**, oder mehrere Exemplare doch nur für Ein Testament gehalten werden, sagt auch Papinian *libro VI. Responsorum* [71]), wo es heißt:

Pluribus tabulis *eodem exemplo* **scriptis,** *unius testamenti voluntatem* **eodem tempore dominus solemniter complevit.**

68) S. Salmasius cit. Tr. Cap. V.—VIII.

69) *L.* 47. *D. de legatis* XXXI.

*) Tom. I. pag. 344. edit. Reitz.

70) Salmasius cit. Tract. Cap. V. pag. 63. sqq. et pag. 69.

71) *L.* 4. *D. de his, quae in testam. delent.* (XXVIII. 4.)

Dieß hat nun auch wohl in dem Falle keinen Zweifel, wenn in beyden Exemplaren des Testaments die nämlichen Erben sind eingesetzt worden. Wie aber wenn es verschiedene Erben sind? Sind die beyden **codices** zu gleicher Zeit und mit gleicher Förmlichkeit gemacht, so gelten auch diese für Ein Testament, und es kann aus dem einen, wie aus dem andern die **bonorum possessio** gesucht werden. So entscheidet Ulpian, wenn er *L.* **1.** §. **6.** *D. de bonorum possess. secund. tabulas* sagt:

Sed et si in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utrumque extet: ***ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est,*** **et supremum utrumque accipiemus.**

Von dem **exemplar testamenti** unterscheiden die Gesetze **exemplum**, und verstehen darunter eine vom Originaltestamente genommenne Copie, welche aber nicht dieselbe Gültigkeit und Wirkung, wie das Original, hat, wie aus folgender Stelle Ulpians erhellet. *L. cit.* **1.** §. **7.** Hier sagt er:

Sed si unum fecerit testator quasi ***testamentum,*** **aliud quasi** ***exemplum:*** **si quidem id extat, quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur: si vero id, quod** ***exemplum*** **erat, bonorum possessio peti non poterit, ut** POMPONIUS **scripsit.**

Beydes scheint jedoch Florentinus verwechselt, oder das Wort ***exemplum*** in den Worten ***pluribus exemplis*** im uneigentlichen Sinne genommen zu haben [72]).

72) ***L.*** **4.** §. **3.** ***D. famil. ercisc. L.*** **2.** ***D. de fide instrum.***

Ergänzungen.

S. 389. Not. 26. Wenn Ulpian *L.* 1. *pr. D. de bonor. possess. secund. tab.* unter der Benennung tabulae testamenti auch diejenigen begreifft, quae sunt *de corio alicuius animalis*, und sie von membranis unterscheidet, so versteht er unter corium, gegerbtes Leder, dessen man sich als Schreibmaterial bediente, und worauf, wie Montfaucon Tom. III. Lib. V. Cap. 5. bemerkt, der Juden ihr sogenanntes *Megillam Ester* i. e. volumen Ester geschrieben seyn soll. S. Grupen Observationes de forma conficiendi acta, et de forma tetamentor. Obs. II. §. 9. pag. 176.

S. 394. Vom *protocollum* in der daselbst angeführten Bedeutung, und von der Ableitung desselben von dem griechischen Worte κόλλα, Leim, haben auch schon *Claud.* Salmasius in Comment. ad Vopiscum *in Firmo* pag. 703. sqq. und Grupen cit. loc. Observ. I. pag. 13. sq. ausführlich gehandelt.

S. 395. Daß der Nichtgebrauch des Stempelpapiers in der Regel das Testament nicht ungültig mache, hat besonders *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXII. medit. 1. gezeigt.

S. 411. Ist bey den Worten: „er habe das Testament des Titius ꝛc. noch: im Namen desselben, vor dem Worte: „unterschrieben" zu ergänzen.

S. 413. Man vergleiche hier noch, was gegen die Meinung des H. Prof. Gesterding in der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 4. Band S. 428. erinnert worden ist.

S. 418. Zur Widerlegung der irrigen Meinung, daß ein Testament gelte, welches der Testator, der nicht schreiben konnte, mit geführter Hand unterschrieben hat, dient noch vorzüglich der Grund, daß in der Notariatsordnung Max. I. §. 7. ausdrücklich gesagt wird, „der Testator solle das Testament vor den Zeugen allein mit eigener Hand unterschreiben. Es wird also durch das Wort allein jede fremde Hülfe und Mitwirkung ausgeschlossen.

S. 433. Z. 9. ist zu ergänzen. Denn die Testatoren pflegten gewöhnlich ihre Testamente mit ihrem Namen anzufangen. *L.* 88. §. *ult. D. de legat. XXXI.*

S. 435. Herr Prof. Schilling in den Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte S. 323. nimmt jedoch mit vieler Wahrscheinlichkeit zwey Senatusconsulte über die Form der Urkunden unter dem Kr. Nero an.

D K

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, / Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 34,2

Erlangen 1842

J.rom.c. 137 b-34,2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565508-6
VD18 10657126-002